



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20207070005965



Fecha: 15-05-2020

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

LA GERENTE DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS
CONTRACTUALES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones No. 273 del 13 de febrero de 2018, 2042 del 7 de noviembre de 2018 y 1069 de 15 de julio de 2019 de la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, y aplicando el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”*.

I. CONSIDERANDO

Que la Gerente de Proyecto y/o funcional G2 09 en ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones No. 273 del 13 de febrero de 2018, 2042 del 7 de noviembre de 2018 y 1069 de 15 de julio de 2019 de la ANI, y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en armonía con lo dispuesto en los artículos 34 a 45 y 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011, profirió la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”*.

Que a través de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, la Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 09 del Equipo de Sancionatorios de la Vicepresidencia Jurídica de la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO GRAVE de la Sociedad FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por las siguientes obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo:

	Tema	Cláusulas y obligaciones gravemente incumplidas	
	(A) Suspensión en la prestación del servicio de transporte de carga	CLÁUSULA 13 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION 13.1. La obligación de rehabilitar y conservar la infraestructura entregada en concesión, en condiciones adecuadas para la prestación de servicio público de transporte ferroviario, especialmente en términos de continuidad, eficiencia y permanencia. 13.2. La obligación de operar y administrar la infraestructura entregada en concesión, en las condiciones que se establecen en el presente contrato." 13.3. La obligación de garantizar la prestación eficiente del servicio público de transporte férreo de carga en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, con la permanencia y continuidad que requiere el mercado, a través de toda la infraestructura de transporte férreo concesionada, correspondiéndole a EL CONCESIONARIO poner en servicio los equipos y el material rodante que se requiera, o llegar a acuerdos con terceros para tal propósito. 13.4. La obligación de diseñar y ejecutar por su cuenta y a su riesgo las obras, los trabajos y las actividades que le corresponda desarrollar, tanto para la rehabilitación como para la conservación de infraestructura concesionada. (...) 13.11: La obligación de elaborar los estudios de impacto y manejo ambiental, si a ello hubiere lugar, y la realización de las obras necesarias para mitigar los efectos adversos derivados de las obras de rehabilitación y conservación de la infraestructura entregada en concesión. (...)	
	(B) Mantenimiento y conservación de la infraestructura entregada en concesión (C) Mantenimiento de los equipos férreos	CLAUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION DE OBRAS 17.1. La obligación de mantener todos los bienes que conforman la infraestructura que se determina para la concesión de obras, en condiciones de seguridad para la circulación durante el término del presente contrato, en buen estado de conservación y uso, realizando las renovaciones periódicas, disposiciones y adquisiciones que correspondan según la naturaleza y características de cada tipo de bien, considerando las necesidades del servicio, e incorporando las innovaciones tecnológicas que resultaren convenientes. 17.2. La obligación de rehabilitar la infraestructura que se determina para la concesión de obras, en el caso en que daños ocurridos con posterioridad a la suscripción del presente contrato de concesión hagan que así se requiera. 17.3. La obligación de diseñar y ejecutar con cargo a la remuneración que recibe por la concesión y a su riesgo, las obras, los trabajos y actividades que le corresponda desarrollar, tanto para la conservación de la infraestructura concesionada como para su posterior rehabilitación si ello fuere necesario. (...) CLAUSULA 30. DEFINICION: El CONCESIONARIO deberá efectuar por su cuenta y riesgo las obras de conservación sobre la red entregada, durante el término previsto en el presente contrato, de manera que pueda garantizar tanto la operación eficiente de la infraestructura concesionada como la prestación del servicio público de transporte férreo mediante la misma de manera permanente, continua y segura, a través de la totalidad de la red férrea que se entrega en concesión. Se entiende por obras de conservación, todas las actividades tanto de carácter periódico, como de carácter rutinario que resulten necesarias para que la infraestructura de transporte férreo y la circulación de trenes sobre la misma cumplan con los estándares mínimos previstos en el Anexo 4 y las demás que se requieran para el mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles, obras civiles y equipos que conforman la infraestructura en buen estado de funcionamiento. Dentro de las obras de conservación de infraestructura, se encuentran incluidas las labores de rehabilitación que requiera la vía para su operación eficiente, cuando se presenten daños o se	2 de 48

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

ARTÍCULO SEGUNDO. - DECLARAR LA CADUCIDAD del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, en los términos de la cláusula 127 del Contrato, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. - IMPONER a la sociedad **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** la suma de NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$97.969.201.936) correspondiente a los perjuicios causados a la entidad.

ARTÍCULO CUARTO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse en audiencia.

ARTÍCULO QUINTO. - En firme la decisión y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6° de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-, publíquese y comuníquese el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación.

ARTÍCULO SEXTO. - PUBLICAR el contenido de la presente Resolución en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO. - De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en audiencia.”

Que el 12 de noviembre de 2019 en audiencia a la que asistió el apoderado del Concesionario, se procedió a dar lectura y notificar la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”, tal como consta en el audio y video de la audiencia.

Que en dicha audiencia el apoderado de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1685 de 12 de noviembre de 2019.

Que a fin de permitirle al apoderado del Concesionario sustentar su recurso contra la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, se resolvió suspender la audiencia hasta el 2 de diciembre de 2019, fecha en la cual el apoderado de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. aportó un documento mediante el cual sustentó el respectivo recurso de reposición.

II. DE LAS PRUEBAS EN EL TRÁMITE DE LOS RECURSOS

2.1. En audiencia del 2 de diciembre de 2019, en aras de sustentar el recurso de reposición, el Concesionario aportó un escrito de 24 folios y 2 CD mediante los cuales allegó diversos documentos, solicitando que los mismos fueran incorporados al expediente.

2.2. El Despacho, en la misma audiencia, profirió auto mediante el cual incorporó al expediente las pruebas documentales entregadas por el apoderado de Ferrocarril del Pacífico S.A.S., advirtiéndole que se les daría el valor probatorio correspondiente.

Las pruebas en mención fueron enunciadas así:

2.2.1. CARPETA INFRAESTRUCTURA:

- a. ANEXO 1
- b. ANEXO 2
- c. ANEXO 3
- d. ANEXO 4
- e. ANEXO 5
- f. ANEXO 6
- g. ANEXO 7
- h. ANEXO PLAN No. 1
- i. INFORME DIARIO DE ACTIVIDADES DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO DE VIA FERREA AÑO 2019
- j. PLAN DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO DE VIA FERREA AÑO 2019

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

2.2.2. ANEXOS:

- a. 010919 LOC 1001 FICHA INSPECCION 12000 KM
- b. 050719 LOCO 1207 FICHA INSPECCION CORRECCION DAÑO
- c. 061119 CM 179 FICHA DE INSPECCION GENERAL
- d. 100219 LOCO 1823 FICHA INSPECCION REVISION GENERAL VIAJE
- e. 100219 LOCO 1824 FICHA INSPECCION REVISION GENERAL VIAJE
- f. 101119 CM 180 FICHA INSPECCION GENERAL
- g. 101119 LOCO 1204 FICHA INSPECCION 2000 KM
- h. 101119 RETRO KAT416C FICHA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO
- i. 150119 LOC 1203 FICHA DE INSPECCION 12000 KM
- j. 170219 LOC 1003 FICHA DE INSPECCION 2000 KM
- k. 170219 LOCO 1008 FICHA INSPECCION 2000 KM
- l. 201119 LOC 1003 FICHA INSPECCION 2000KM
- m. 220719 LOCO 1203 FICHA INSPECCION 2000 KM
- n. 240719 LOC 1003 FICHA INSPECCION 2000 KM
- o. 300719 LOCO 1204 FICHA INSPECCION 2000 KM

2.2.3. MOVIMIENTO DE TRENES:

- a. RE DOCUMENTOS DESPACHO TRENES 201906
- b. RE DOCUMENTOS DESPACHO TRENES 201907
- c. RE DOCUMENTOS DESPACHO TRENES 201909
- d. RE DOCUMENTOS DESPACHO TRENES 201910
- e. RE DOCUMENTOS DESPACHO TRENES 201911

2.2.4. OPERACIONES:

- a. INFORME DIARIO DE MOVILIZACION DE EQUIPO FERREO AÑO 2019

2.2.5. OTRAS PRUEBAS DOCUMENTALES:

- a. DERECHO DE PETICION SECRETARIA DE TURISMO GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA
- b. INFORME DE GESTION - NOV 2019
- c. NOTA PERIODISTICA DIARO EL PAIS
- d. RADICADO ANI 20194091150172

2.2.6. PLAN REGULARIZACION PASOS A NIVEL:

- a. ACTAS DE REUNION MESAS DE TRABAJO
- b. CARTAS INVITACION ALCALDES
- c. INFITULUA

2.2.7. RELACION DE QUERELLAS:

- a. ANEXO AFECTACIONES AÑO 2016 A 2017

2.2.8. FDP PROYECCION FINANCIERA A 2024 (1)

2.3. Mediante Auto de 5 de diciembre de 2019, el Despacho ordenó la realización de una videograbación y de un informe actualizado mediante el cual el área de Supervisión, con el apoyo de la Interventoría, debía pronunciarse sobre la visita efectuada, en relación con el estado de cumplimiento del Concesionario de las obligaciones a su cargo presuntamente incumplidas, teniendo en cuenta, especialmente, la documentación aportada por este último en el recurso de reposición y el contenido del mismo.

2.4. Mediante radicado ANI No. 2019-307-019830-3 de 19 de diciembre de 2019, la Vicepresidencia Ejecutiva solicitó una prórroga de 10 días hábiles para aportar la prueba en mención, señalando expresamente que:

“...frente a lo ordenado en el auto de fecha 05 de diciembre de 2019, enviado mediante correo electrónico de la misma fecha por la Gerente de Procesos Sancionatorios de la Agencia, durante los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2019, un representante del Equipo Férreo de la Vicepresidencia Ejecutiva en conjunto con el Interventor del proyecto, procedió a realizar un recorrido de campo y toma de video en el corredor férreo concesionado (Buenaventura – Zaragoza y Zarzal – La Tebaida).

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Una vez finalizado el recorrido, el interventor procedió a la revisión y análisis de los datos y videos tomados en campo durante los tres (3) días de recorrido con el fin de remitir el respectivo informe, no obstante, debido al volumen de información y a la importancia del tema, se requiere de un tiempo adicional para que el interventor culmine su informe y para la revisión y concepto del Equipo Férreo. En este sentido, de manera atenta, me permito solicitar un plazo de diez (10) días hábiles, para dar respuesta al auto del asunto.”

2.5. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Auto de 20 de diciembre de 2019, este Despacho resolvió prorrogar por 10 días hábiles el plazo concedido a la Supervisión del Proyecto para que allegara la prueba que había sido decretada en Auto de 5 de diciembre de 2019.

2.6. Mediante radicado ANI No. 2020-307-000090-3 de 3 de enero de 2020, la Vicepresidencia Ejecutiva le puso de presente a este Despacho que:

“(…) el Equipo Férreo de la Vicepresidencia Ejecutiva en conjunto con el interventor del proyecto, han venido trabajando en la revisión, depuración y análisis de los datos y videos tomados en el recorrido de campo, no obstante, se requiere de un tiempo adicional para que el Equipo Férreo de la Agencia, revise el Informe enviado por el Interventor y emita el concepto sobre lo solicitado. En este sentido, de manera atenta, me permito solicitar un plazo adicional de siete (07) días hábiles, para dar respuesta al auto del asunto”.

2.7. En consideración a lo anterior, este Despacho, mediante Auto de 8 de enero de 2020, resolvió prorrogar por 7 días hábiles el plazo concedido a la Supervisión del Proyecto para que allegara la prueba que había sido decretada en Auto de 5 de diciembre de 2019.

2.8. Mediante radicado ANI No. 2020-409-000464-2 de 3 de enero de 2020, el Concesionario allegó a este Despacho el documento denominado “Notificación actividades de mantenimiento que demuestran haberse enervado los presuntos incumplimientos de obligaciones que son objeto del procedimiento sancionatorio de la referencia”, junto con sus anexos en 308 folios. En consecuencia, fue proferido el Auto de 13 de enero de 2020 a través del cual se incorporó al expediente el documento en mención, otorgándole el valor probatorio que en ley corresponde.

2.9. Mediante radicado ANI No. 2020-307-001408-3 de 17 de enero de 2020, en cumplimiento de lo ordenado por Auto de 5 de diciembre de 2019, la Vicepresidencia Ejecutiva de la Agencia Nacional de Infraestructura allegó a este Despacho el informe denominado “Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, Red Férrea del Pacífico, Remisión Informe y prueba filmográfica ordenada mediante Auto de fecha 5 de diciembre de 2019”, acompañado de los siguientes documentos: i) Informe de la Interventoría con radicado ANI No. 2020-409-001586-2 de 9 de enero de 2020; ii) tres (3) DVD que contienen los videos requeridos¹; y, iii) un CD que contiene documentos relativos a las actuaciones de la ANI respecto de las invasiones al corredor férreo y otros documentos relativos a las respuestas de la Agencia ante las solicitudes de arreglo directo.

En dicho informe se concluye que el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario, específicamente las relacionadas con el mantenimiento y conservación de la infraestructura entregada en concesión, el mantenimiento de los equipos férreos y la prestación del servicio de transporte de carga, permanece vigente.

2.10. Mediante radicado ANI No. 2020-409-009832-2 de 31 de enero de 2020, denominado “Notificación continuación de mantenimiento y operación de la infraestructura férrea”, el Concesionario dio alcance al documento que previamente había radicado en este Despacho con el No. 2020-409-000464-2 de 3 de enero de 2020, identificado con el asunto “Notificación actividades de mantenimiento que demuestran haberse enervado los presuntos incumplimientos de obligaciones que son objeto del procedimiento sancionatorio de la referencia”.

2.11. Mediante Auto de 3 de febrero de 2020, este Despacho incorporó al expediente el informe “Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, Red Férrea del Pacífico, Remisión Informe y prueba filmográfica ordenada mediante Auto de fecha 5 de diciembre de 2019”, junto con sus anexos. Igualmente, lo puso en conocimiento del Concesionario y le corrió traslado por el término de tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de dicho Auto. Vale la pena aclarar que en el Auto citado se indicó que, en consideración al peso y al tamaño de los archivos enviados, aquellos debían ser consultados y descargados a través de distintos *links*, los cuales solo estarían disponibles en el respectivo sitio web

¹ Los DVD contienen los videos de los siguientes trayectos: i) Buenaventura - Dagua; ii) Cali -Yumbo - Palmira; iii) Palmira - Zarzal - La Tebaida.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

durante un periodo de tiempo determinado. Del mismo modo, se puso de presente la conveniencia de instalar la aplicación *VLC Media Player* para descargar más fácilmente dichos archivos.

2.12. El 7 de febrero de 2020, el Concesionario envió un correo electrónico a través del cual allegó a este Despacho los siguientes documentos: i) “*Memorial recorriendo traslado memorando 2020-307-0014008-3*”; ii) “*Radicado informe de gestión año 2019*”; iii) “*0653 consorcio concesión férreo respuesta a requerimiento Nro. 5143.036 ANI-OP-065-2019*”. Así pues, el Concesionario manifestó que el informe allegado por la Supervisión se refirió a puntos específicos de la vía, excluyendo el registro de puentes, túneles y obras de arte que se encuentran a lo largo de la vía férrea, lo cual impide determinar el estado real de la misma, así como el de la infraestructura y equipos férreos entregados en concesión. Además, afirmó que se le impidió participar en la práctica de la prueba. Por tanto, solicitó que la videograbación fuera complementada abarcando la totalidad de la red férrea, permitiendo su asistencia a la realización de aquella, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 277 del Código General del Proceso² y 40 del CPACA³.

2.13. De otra parte, el Concesionario en el mismo correo electrónico solicitó el envío de ciertos documentos⁴ respecto de los cuales afirmó no haber podido tener acceso.

2.14. En consideración a lo anterior, este Despacho pudo advertir que los *links* que contenían la documentación señalada por el Concesionario, estuvieron a disposición del mismo desde el 4 de febrero de 2020 hasta el 10 de febrero de 2020, esto es, 7 días ininterrumpidos. Por tanto, toda la documentación incorporada al expediente por Auto de 3 de febrero de 2020, fue debida y oportunamente trasladada al Concesionario. No obstante, el Despacho, garante del debido proceso, mediante correo electrónico de 10 de febrero de 2020, nuevamente puso a disposición del Concesionario los *links* relativos a las videograbaciones y documentos solicitados por este último, reiterando la necesidad de descargar la documentación dentro del respectivo periodo de tiempo, así como la de instalar la aplicación *VLC Media Player* para lo pertinente.

2.15. En este orden de ideas, el Despacho profirió Auto de 11 de febrero de 2020 a través del cual nuevamente corrió traslado de la documentación enviada al Concesionario el 10 de febrero de 2020, por tres días (3) adicionales. Sin embargo, advirtió que el hecho de poner a disposición de los interesados la documentación que forma parte del expediente, no sustituye el deber de consulta a cargo de aquellos. Así, dicha documentación también puede ser consultada directamente en la entidad en el horario de atención al público.

2.16. El 14 de febrero de 2020, el Concesionario envió un correo electrónico a través del cual allegó a este Despacho los siguientes documentos: i) “*Memorial recorriendo traslado Auto 11-02-2020*”; ii) cinco (5) fotografías estación Palmira; iii) “*Trabajos en la vía 201901-06-07-08-09-10 CLO-YUMBO-CUMBRE*”. El pronunciamiento del Concesionario se realizó en términos similares al que previamente había presentado. Es decir, manifestó que los videos realizados no abarcaron la totalidad de la vía férrea, impidiendo constatar el estado real de la misma. Igualmente, señaló que no estuvo presente en la práctica de la prueba, lo cual vulneró su derecho de defensa y el debido proceso. Adicionalmente, manifestó su inconformidad respecto de los interrogatorios y entrevistas hechas por los funcionarios de la Interventoría a terceros y a un funcionario operativo de FDP, teniendo en cuenta que “la recepción de testimonios” no había sido ordenada al momento de decretar la prueba. Por tanto, solicitó la nulidad de esta última y, en su defecto, que la videograbación fuera complementada, considerando la totalidad de la red férrea y permitiéndole asistir a la realización de aquella, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 277 del CGP y 40 del CPACA ya citados.

Sumado a lo anterior, el Concesionario también se pronunció sobre los documentos relativos a las “Respuestas a solicitudes relacionadas con arreglo directo” y a las “Actuaciones de la ANI respecto de las invasiones del corredor férreo”.

2 “**Artículo 277.** Facultades de las partes. Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados.”

3 “**Artículo 40.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo (...)”

4 El Concesionario solicitó los documentos relativos a: 1) Respuestas a solicitudes relacionadas con arreglo directo.

2) Actuaciones de la ANI respecto de las invasiones al corredor férreo.

3) Video: Buenaventura-Dagua.

4) Video: Cali-Yumbo-Palmira.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

- 2.17. El 10 de marzo de 2020, el Concesionario, *motu proprio*, radicó dos documentos identificados con los Nos. ANI 2020-409-025512-2 y 2020-409-025515-2. El primero, denominado “Informe sobre recuperación de la zona de seguridad del corredor férreo PK170 entre la Terminal de Transporte y la Estación Antigua Bodegas del Ferrocarril invadida por terceros, muchos de ellos de origen venezolanos”, da cuenta de las actividades realizadas por las autoridades del Valle del Cauca para desalojar inmigrantes, especialmente de origen venezolano, que se encontraban asentados cerca de la antigua carrilera del ferrocarril en Cali. El segundo, denominado “Notificación continuación actividades de mantenimiento y operación de la infraestructura férrea período enero 01 de 2020 - marzo 5 de 2020”, se refiere a las acciones que afirma haber realizado el Concesionario durante el período de tiempo señalado.

Tramitadas así las pruebas aportadas durante la etapa de recurso, en este estado de la actuación y no existiendo irregularidades que corregir, corresponde a la Vicepresidencia Jurídica resolver el recurso interpuesto contra la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019 por el Concesionario FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.

III. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El 2 de diciembre de 2019 se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de que el apoderado de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. sustentara el recurso de reposición que había interpuesto en contra de la Resolución 1685 de 12 de noviembre de 2019. De acuerdo con su versión oral y escrita, el recurso se concreta en los argumentos que se exponen a continuación:

3.1. Falta de competencia de la ANI frente a la sentencia del Consejo de Estado del 12 de agosto de 2019, expediente 25000232600020011377-02 (33555).

El Concesionario afirma que de la lectura de la sentencia citada se concluye que la ANI no tiene competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento de un contrato suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993 y en ausencia de la Ley 1474 de 2011, refiriéndose al Contrato de Concesión 09-CONP-98, pues este último se suscribió en el año 1998. Por tanto, solicita un pronunciamiento de fondo al respecto.

El Concesionario indica que la declaratoria e imposición de sanciones en relación con los contratos celebrados a la luz de la Ley 80 de 1993 emana directamente del juez y no de las entidades estatales, en tanto que estas últimas solo pueden ejercer dicha facultad respecto de los contratos celebrados después del año 2011, con ocasión de la expedición de la Ley 1474 del mismo año. En ese sentido, cita el siguiente apartado de la providencia:

“La Ley 80 de 1993 fue el régimen jurídico que gobernó el Contrato Interadministrativo 093 de 1997. Al respecto, cabe precisar que, si bien las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían pactar el cobro de sanciones consistentes en multas y cláusulas penales, conforme a lo previsto en los Códigos Civil y de Comercio, ninguna de ellas tenía la facultad para imponerlas, exigir su pago o descontarlas directamente, por cuanto la referida ley no otorgó esa facultad. De modo que CAJANAL no podía, bajo el marco de la Ley 80 de 1993, que como se dijo era el vigente al momento de la celebración del Contrato Interadministrativo 093 de 1997, sancionar directamente al contratista incumplido; debía acudir al juez del contrato para tales efectos.

Bajo ese entendido, debe la Sala precisar, respecto de las Resoluciones 004119 del 28 de octubre de 1999 que impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, modificada en Vía Gubernativa por la Resolución 002422 del 28 de junio de 2000 que resolvió el recurso de reposición contra la primera y que modificó la naturaleza del valor a cancelar, de una multa a pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual, que fueron proferidas con ausencia de facultades legales.

(...)

En consecuencia, las Resoluciones 004119 y 002422, con las que CAJANAL sancionó a CODETER, primero con la imposición de una multa y luego con la tasación unilateral de perjuicios, serán anuladas por haber sido proferidas por quien no tenía competencia para ello y, en caso de que las mismas hayan sido cubiertas por el demandante, se ordenará al demandado, a título de restablecimiento del derecho, que el dinero pagado sea reintegrado debidamente actualizado con el IPC, aplicando las fórmulas utilizadas por esta Corporación.”

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

En consecuencia, para el apoderado del Concesionario, la actuación de la ANI vulnera el principio relativo a la vigencia de la ley en el tiempo y el espacio, así como el principio contractual conocido como *pacta sunt servanda*, en tanto que la Entidad no ha aplicado el procedimiento que se debe seguir en caso de evidenciarse un posible incumplimiento. Por tanto, solicita que se acate el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 sobre el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.⁵

3.2. Defecto procedimental de la ANI y su incumplimiento contractual.

El Concesionario comienza su argumentación declarando que la ANI erró procedimentalmente al no seguir las pautas señaladas en el Contrato de Concesión ante los posibles incumplimientos en los cuales hubiese podido incurrir el Concesionario. De este modo y citando la cláusula 89.8 del Contrato⁶, afirmó que la ANI, antes de iniciar el actual procedimiento sancionatorio, debió agotar los presupuestos contractuales dispuestos para hacer frente a posibles incumplimientos.

Así, para el Concesionario tuvo que haberse convenido de mutuo acuerdo algún plan para el restablecimiento de las situaciones que hubiesen podido originar el posible incumplimiento. De no darse tal acuerdo, debió haberse impulsado alguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, ninguno de los dos eventos mencionados tuvo lugar previa apertura del procedimiento sancionatorio. Dado lo anterior, el Concesionario solicita saber la razón por la cual se ha hecho caso omiso del procedimiento señalado en el Contrato, relativo a posibles incumplimientos.

El Concesionario también afirma que la entidad ha incumplido diversas cláusulas contractuales, así:

a) Las cláusulas 89.5⁷ y 89.6⁸ del Contrato, en la medida que la ANI no ha efectuado ni ha corrido traslado del informe anual de supervisión al Concesionario y tampoco le ha comunicado por escrito las observaciones y comentarios relacionados con el supuesto incumplimiento contractual que le ha sido endilgado, para que el mismo Concesionario, a su vez, manifieste su acuerdo o desacuerdo.

b) Igualmente, el Concesionario indica que la ANI no ha cumplido el deber de protección que tiene sobre los bienes concesionados, a pesar de que el último le puso de presente en varias oportunidades las múltiples afectaciones o ataques de terceros a la infraestructura concesionada, en cumplimiento de su deber de defender jurídicamente los bienes, de conformidad con las cláusulas 13.2⁹ y 13.3¹⁰ del Contrato de Concesión. De este modo, para el Concesionario, la ANI olvida que el control del orden público es de obligación del Estado, no siendo posible trasladar esa carga a los particulares.

c) Como consecuencia de lo anterior, el Concesionario afirma que la ANI no ha asumido el riesgo compartido al cual alude la cláusula 67¹¹, específicamente, el riesgo relacionado con los ataques de terceros a la infraestructura de la concesión, así como los otros de carácter natural, los cuales no pueden

⁵ **Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011:** “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

⁶ **Cláusula 89.8:** “PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN. Si el ejercicio de las facultades de supervisión condujera a FERROVIAS a concluir sobre una situación de incumplimiento del contrato, lo informará a EL CONCESIONARIO, y se convendrán de mutuo acuerdo planes para el restablecimiento del contrato. Si no hubiere acuerdo entre las partes, se impulsarán los mecanismos de solución de conflictos previstos en el presente contrato.”

⁷ **Cláusula 89.5:** “PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN. EL CONCESIONARIO tendrá derecho a conocer los resultados de las actividades de supervisión que adelante FERROVIAS, para lo cual esta última entidad dará traslado a EL CONCESIONARIO de un informe anual de supervisión preparado por el órgano que haya adelantado en su nombre las actividades de supervisión respectivas. El documento que sea remitido por FERROVIAS tiene el carácter de informativo.”

⁸ **Cláusula 89.6:** “PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN. Todos los comentarios y observaciones que FERROVIAS considere conveniente formular dentro del alcance de sus facultades de supervisión, serán comunicadas a EL CONCESIONARIO por escrito, deberán motivarse y señalarán un término claro y razonable para que EL CONCESIONARIO efectúe las observaciones que considere convenientes, o manifieste su acuerdo o desacuerdo.”

⁹ **Cláusula 13.2:** “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN. La obligación de operar y administrar la infraestructura entregada en concesión, en las condiciones que se establecen en el presente contrato.”

¹⁰ **Cláusula 13.3:** “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN. La obligación de garantizar la prestación eficiente del servicio público de transporte férreo de carga en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, con la permanencia y continuidad que requiera el mercado a través de toda la infraestructura de transporte férreo concesionada, correspondiéndole a EL CONCESIONARIO poner en servicio los equipos y el material rodante que se requiera, o llegar a acuerdos con terceros con tal propósito.”

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

ser imputables totalmente al Concesionario. Además, la ANI no ha desembolsado el costo de los daños causados por terceros, pese a que los mismos fueron puestos de presente tanto a la Agencia como a las autoridades respectivas a través de querellas y denuncias, configurándose un nuevo incumplimiento.

d) Finalmente, el Concesionario indica que la ANI ha hecho caso omiso de las solicitudes de arreglo directo presentadas por el Concesionario en distintas oportunidades, constituyendo un incumplimiento grave de las obligaciones contenidas en las cláusulas 130.3¹² y 130.4¹³ del Contrato. De hecho, desde el 9 de enero de 2019, mediante radicado No. 2019-409-001988-2, el Concesionario presentó una solicitud en ese sentido, la cual fue reiterada en el mes de noviembre, sin obtener respuesta alguna por parte de la ANI.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Concesionario advierte que, en caso de resultar incumplido, la ANI también lo estaría al configurarse la excepción de contrato no cumplido la cual, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, establece que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Del mismo modo, menciona que la jurisprudencia ha establecido ciertas condiciones para que la figura tenga lugar en el campo del Derecho Público, para lo cual cita los requisitos de la sentencia del Consejo de Estado de 11 de abril de 2012 (Exp. 17851), así: i) existencia de un contrato bilateral o sinalagmático; ii) el no cumplimiento actual de las obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de manera tal que genere una imposibilidad razonable de cumplir por parte del contratista; iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como causa del incumplimiento ante el cual se opone; v) el cumplimiento de las demás obligaciones de quien la invoca.

En consecuencia, el Concesionario manifiesta que la ANI está en mora al configurarse un incumplimiento grave de sus obligaciones, lo cual no ha permitido encontrar soluciones para la continuación de la ejecución contractual. Igualmente, el Concesionario señala que la ANI ha incurrido en violación al debido proceso constitucional e incumplimiento contractual por no ceñirse al procedimiento establecido por las partes en el Contrato. Por tanto, afirma que es necesario archivar el procedimiento sancionatorio y cumplir el contrato vigente.

3.3. Fundamentos contractuales y fácticos para la formulación de planes para el restablecimiento del Contrato de Concesión frente a los eventuales incumplimientos que ha formulado la ANI.

El Concesionario, después de citar distintas cláusulas contractuales (89.8, 130, 105.4, 108, 127, 137, 143)¹⁴, la Resolución 1650 de 7 de noviembre de 2019 (por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en las cláusulas 13.1, 13.4, 17.1, 17.2 y 17.3 del Contrato de Concesión No. 009-CONP-98. Proyecto de Concesión Red Férrea del Pacífico y se tasan los perjuicios

11 Cláusula 67: “RIESGOS DEL CONTRATO ASUMIDOS POR FERROVIAS. únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, FERROVIAS compartirá el riesgo con EL CONCESIONARIO (...).”

12 Cláusula 130.3: “ARREGLO DIRECTO. si el contratante notificado no estuviera de acuerdo con la posición planteada por el contratante denunciante, se lo comunicará así por escrito, planteando los hechos, las pruebas y los fundamentos técnicos que respalden su posición, las normas contractuales o legales que la apoyan y planteará una fórmula de solución al conflicto propuesto, teniendo en cuenta la fórmula de solución propuesta inicialmente por el contratante denunciado”.

13 Cláusula 130.4: “ARREGLO DIRECTO. en la comunicación que envíe el contratante notificado al contratante denunciante, lo invitará a una primera reunión de negociación, que deberá llevarse a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de entrega de dicha respuesta al contratante denunciante, señalando la fecha, hora y lugar”.

14 Cláusula 89.8: “PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN. Si el ejercicio de las facultades de supervisión condujera a FERROVIAS a concluir sobre una situación de incumplimiento del contrato, lo informará a EL CONCESIONARIO, y se convendrán de mutuo acuerdo planes para el restablecimiento del contrato. Si no hubiere acuerdo entre las partes, se impulsarán los mecanismos de solución de conflictos previstos en el presente contrato.” **Cláusula 130:** “ARREGLO DIRECTO. Todas las disputas que surgieren sobre la interpretación o ejecución del presente contrato, así como cualquier discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del contrato, será resuelta amistosamente por las Partes (...).”

Cláusula 105: “CAUSALES DE TERMINACIÓN. El contrato de concesión terminará de manera ordinaria por el vencimiento del plazo previsto en la cláusula 3 del presente contrato, y de manera extraordinaria en cualquiera de los siguientes eventos: (...) 105.4. Por presentarse la caducidad en el contrato, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993”.

Cláusula 108: “RESTABLECIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO. En todos los casos cuando se presente cualquiera de las causas previstas para que cualquiera de las partes dé por terminado el contrato de concesión de manera anticipada, se le concederá al contratante incumplido un término de seis (6) meses a partir de la notificación del incumplimiento, para que solucione las situaciones que darían lugar a la causal de terminación anticipada correspondiente. Una vez vencido este término sin que se restablezca la situación causante de la terminación, esta se producirá, y se procederá a la liquidación del contrato y al pago de las indemnizaciones correspondientes, conforme a las previsiones consignadas en el presente contrato.”

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

derivados del incumplimiento) y el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, afirmó que una declaratoria de caducidad en este momento -cuando no se encuentra paralizada la ejecución del Contrato de Concesión- no solo paralizaría la Red Férrea del Pacífico, sino que tal afectación se prolongaría en el tiempo en tanto que ni la ANI ni ninguna entidad estatal cuenta con la competencia ni capacidad técnica y operativa para prestar el servicio en forma inmediata y directa. Cuestiones que, en cambio, sí puede acreditar el propio Concesionario a partir de las modificaciones que este ha introducido y dado el apalancamiento financiero que ha logrado para ejecutar las actividades de mantenimiento, operación de la red férrea entregada en concesión y la prestación del servicio público de transporte férreo de carga que logrará reiniciar a comienzos del año 2020, una vez culminen las obras de mantenimiento correctivo en curso, así como cuando se lleve a cabo la remoción de las afectaciones de terceros a cargo de los entes territoriales municipales.

3.3.1. Actividades y obras de mantenimiento correctivo que permiten afirmar que el Contrato de Concesión no se encuentra paralizado.

El Concesionario manifiesta que FDP ha continuado realizando actividades de mantenimiento y conservación de la red férrea entregada en concesión, relacionadas con la restitución de las transiciones, cambios de traviesas, colocación de placas de asiento, clavos y tirafondos, las cuales forman parte del plan de recuperación y mejoramiento presentado por FDP a la Superintendencia de Puertos y Transportes, a efectos de lograr la ejecución del Contrato de Concesión.

Asimismo, el Concesionario afirma que ha realizado las siguientes actividades de rehabilitación y mantenimiento desarrolladas en el año 2019, así:

- Actividades de mantenimiento de vía férrea (rocería, descope, limpieza de obras de arte, cambio de traviesas, instalación de placas de asiento, tirafondos, eclisas, clips, pernos) en el tramo entre PK 171+00 y PK140+400.
- Desde el 1 de noviembre de 2019 el Concesionario procedió a realizar los trabajos y diseños necesarios de la obra de mantenimiento correctivo para restablecer el paso del tren en el tramo ubicado en el kilómetro 140+400, teniendo en cuenta que por un represamiento de agua con ocasión de la ola invernal, se presentó un desprendimiento de la banca de la vía férrea lo cual ha imposibilitado movilizar el tren desde o hacia la estación de Buenaventura.
- El Concesionario señala que ha adelantado trabajos de mantenimiento de vías e infraestructura al interior de las estaciones.

Finalmente, el Concesionario manifiesta que de conformidad con la cláusula 32¹⁵ del Contrato de Concesión, aún se encuentra dentro del plazo mínimo convenido para la ejecución de las obras, por lo que no se puede hablar de paralización del contrato en relación con el mantenimiento de las mismas. Igualmente, cita la cláusula 95.3 del Contrato a efectos de señalar que las partes deben sujetarse al principio *pacta sunt servanda* en relación con la periodicidad para la realización de las respectivas obras de conservación. Máxime, considerando el “Plan de rehabilitación y mantenimiento de vía férrea año 2019” y lo que allí se tiene presupuestado frente al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático a ejecutar por FDP durante el siguiente periodo mínimo de 5 años, 2020-2025.

Cláusula 127: “CADUCIDAD DEL CONTRATO. Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONCESIONARIO establecidas en este contrato que afecte de manera grave y directa su ejecución, de manera tal que pueda conducir a su paralización, FERROVIAS por medio de acto administrativo debidamente motivado podrá decretar la caducidad del contrato, en los términos y condiciones previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en la cláusula 101 del presente contrato, en lo que fuere necesario.

Si existiendo las condiciones para declarar la caducidad del contrato FERROVIAS decide abstenerse de hacerlo, podrá en todo caso adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado.”

Cláusula 137: “SUJECIÓN A LA LEY COLOMBIANA Y RENUNCIA A RECLAMACIÓN DIPLOMÁTICA. En lo relativo a las diferencias que surjan en cuanto a las obligaciones y derechos originados en el presente contrato, EL CONCESIONARIO de manera expresa manifiesta que las mismas serán de conocimiento y juzgamiento del Tribunal de Arbitramento regulado en la cláusula 132 del presente contrato, y renuncia a intentar reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia.”

Cláusula 143: “RÉGIMEN LEGAL. Este contrato se regirá en general por las normas civiles y comerciales vigentes, salvo en los aspectos particularmente regulados por la Ley 80 de 1993, y por lo previsto en la ley 105 de 1993, en cuanto resulte aplicable.”

15 Cláusula 32: “PERIODICIDAD MINIMA. EL CONCESIONARIO deberá ejecutar las obras de conservación correspondientes que permitan garantizar la perfecta funcionalidad de las vías e instalaciones de infraestructura, de manera sistemática, con revisiones generales progresivas durante periodos que no superen los cinco (5) años”.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

3.3.2. Actividades de mantenimiento de equipo tractivo y rodante que permiten afirmar que el Contrato de Concesión no se encuentra paralizado.

El Concesionario afirma que ha hecho revisiones periódicas sobre el equipo tractivo y rodante con el grupo de mecánicos contratados por él mismo. No obstante, toda vez que algunas locomotoras no están operando, señala que no es posible revisar los límites de kilometraje especificados en el manual de mantenimiento. Máxime, considerando lo dispuesto por las normas americanas de mantenimiento establecidas por la AAR “Association of American Railroads” – “Safety and Operations” en las cuales se recomienda la revisión y mantenimiento del equipo ferroviario tractivo al alcanzar ciertos kilómetros recorridos (2000 km tratándose de locomotoras), y no una determinada cantidad de días, como lo sugiere la Interventoría. El Concesionario reitera que las normas americanas citadas son aplicables al caso bajo estudio, conforme a la legislación ferroviaria colombiana.

Igualmente, el Concesionario manifiesta que ha venido trabajando en el mantenimiento del equipo férreo desde el mes de enero de 2019 y da cuenta de las fechas y actividades realizadas durante el año. Asimismo, se pronuncia sobre el estado de los equipos en cuanto a su tipo, cantidad, ubicación y sobre los carromotores en cuanto a su titularidad, estado y ubicación.

Por tanto, el Concesionario concluye que lo anterior demuestra el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento sobre la infraestructura y equipos entregados en concesión, por lo que considera necesario aplicar la cláusula 89.8 del Contrato de Concesión para convenir de mutuo acuerdo planes para el restablecimiento del presunto incumplimiento que aduce la ANI.

3.3.3. Afectaciones que siguen perturbando la tenencia pacífica que tiene FDP sobre el corredor férreo entregado en concesión por hechos de terceros sobre la vía férrea.

El Concesionario señala que, si bien, se están realizando movimientos de trenes sobre la red Férrea del Pacífico desde la estación de Yumbo a la de Antiguas Bodegas del Ferrocarril en la ciudad de Cali, no ocurre lo mismo hacia la estación de Buenaventura, pues allí se han presentado afectaciones a la vía derivadas de la ola invernal y de la minería ilegal. En consecuencia, advierte que no es posible transitar por dichas zonas en condiciones de seguridad. En ese orden de ideas, el Concesionario pone de presente que ha instaurado las respectivas denuncias y querellas ante las autoridades pertinentes, sin que a la fecha se haya dado solución alguna, razón por la cual propone instaurar una mesa interinstitucional con las autoridades departamentales, municipales, de policía y la Fiscalía para adelantar las acciones necesarias para garantizar el uso y operación de la red férrea entregada en concesión en condiciones de seguridad para los usuarios y empleados de FDP. En todo caso, aclara que dichas afectaciones fueron puestas en conocimiento de la ANI.

Sumado a lo anterior, el Concesionario señala que a través de los medios de comunicación, se enteró que la Gobernación del Valle favorece el uso indebido de la red férrea al fomentar el uso de las llamadas “moto-brujas”, en tanto que habilita el uso de vehículos tractivos por parte de terceros sin autorización para ello y sin que se haya concertado con el Concesionario el mecanismo de transporte de pasajeros, tal y como se ha venido presentando. Ello se traduce en una causa eximente de responsabilidad para el cumplimiento de la obligación a cargo de FDP en relación con la prestación del servicio público de transporte férreo de carga en condiciones de seguridad, dada, reitera, la minería ilegal y el tránsito de “moto-brujas” por el sector.

De otra parte, el Concesionario manifiesta que desde octubre de 2018 se conformó el comité para la regularización de los pasos a nivel en el municipio de Tuluá, el cual tuvo continuidad en noviembre de 2019, mediante la convocatoria de alcaldes de distintos municipios, con el fin de establecer un plan de trabajo relacionado con el inventario general de pasos a nivel y cruces existentes en la vía férrea de cada municipio; aplicación de estándares de referencia para la supresión de pasos a nivel y cruces; consolidación del inventario de pasos a nivel y cruces que cumplen parámetros para suprimirlos.

Finalmente, el Concesionario reitera que durante la ejecución del Contrato se han presentado afectaciones por parte de terceros sobre la vía férrea que le han impedido la tenencia pacífica de la misma y, en ese sentido, relaciona las querellas presentadas ante las autoridades pertinentes, con la fecha de radicación y/o actualización, advirtiendo que al respecto no ha recibido respuesta alguna. Igualmente, se refiere a la necesidad de que se restablezca la ecuación económica del Contrato.

Para finalizar la sustentación del recurso de reposición, el Concesionario solicitó revocar la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019 e, igualmente, presentó las siguientes peticiones:

- a. Apertura al decreto de pruebas.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

- b. Fórmula de arreglo.
- c. De confirmar la sanción por caducidad con la respectiva indemnización de perjuicios, se solicita dar aplicación a la cláusula 108 del Contrato de Concesión.¹⁶

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS

IV.1 Cuestión previa

Dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado contra la Sociedad FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el presunto incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, la entidad profirió la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, la cual fue objeto de recurso de reposición interpuesto por el Concesionario.

IV.2 Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el Concesionario, el material probatorio allegado y practicado de oficio en desarrollo de la vía gubernativa de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, la entidad debe resolver si existe mérito para revocar el acto administrativo impugnado o si, por el contrario, debe confirmarlo.

IV.3 Análisis del Recurso

De conformidad con las anteriores precisiones generales y en consideración al material probatorio recaudado para agotar la vía gubernativa de la decisión adoptada por la entidad en el curso de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que dio lugar a la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, se procederá a hacer el estudio de los aspectos planteados en la sustentación del recurso interpuesto por el Concesionario, teniendo en cuenta que, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal, aquellos serán resueltos de forma conjunta en la medida que los argumentos sean similares.

4.3.1. Sobre la actuación y competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura.

El recurrente cuestiona la competencia de la ANI para declarar unilateralmente el incumplimiento del Contrato, teniendo en cuenta dos temas puntuales. De una parte, que el Contrato fue suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993 y en ausencia de la ley 1474 de 2011, para lo cual tomó como fundamento la sentencia del Consejo de Estado de 12 de agosto de 2019, respecto de la cual solicitó un pronunciamiento de fondo. De la otra, cuestiona la actuación de la Entidad en el marco del presente procedimiento administrativo sancionatorio, aduciendo que la última incurrió en un defecto procedimental y en incumplimiento de varias cláusulas del Contrato de Concesión 09-CONP-98, especialmente, la relativa al arreglo directo como mecanismo para hacer frente a las disputas surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato.

En consecuencia, procede hacer un pronunciamiento sobre las dos cuestiones mencionadas.

En primer lugar, es necesario referirse a la sentencia citada por el recurrente y, de antemano, señalar que aquella no resulta aplicable al caso bajo análisis, teniendo en cuenta que los supuestos fácticos y jurídicos de las situaciones que el actor pretende comparar son diferentes. En efecto, el Consejo de Estado, en la sentencia de 12 de agosto de 2019, declaró la nulidad de varias resoluciones sancionatorias proferidas por CAJANAL, en virtud del incumplimiento del acuerdo interadministrativo 093 de 1997, celebrado entre la primera y CODETER LTDA, y garantizado por LA PREVISORA S.A. En ese sentido, CAJANAL, en un primer momento, había ordenado hacer efectivo el pago de una multa derivada del incumplimiento del respectivo Convenio. No obstante, posteriormente, esto es, al resolver el recurso de reposición interpuesto por CODETER y LA PREVISORA contra la resolución condenatoria, CAJANAL cambió la naturaleza de la sanción y, en lugar de la multa, ordenó el pago de los perjuicios derivados del mismo incumplimiento.

16 Cláusula 108: “RESTABLECIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO. En todos los casos cuando se presente cualquiera de las causas previstas para que cualquiera de las partes dé por terminado el contrato de concesión de manera anticipada, se le concederá al contratante incumplido un término de seis (6) meses a partir de la notificación del incumplimiento, para que solucione las situaciones que darían lugar a la causal de terminación anticipada correspondiente. Una vez vencido este término sin que se restablezca la situación causante de la terminación, esta se producirá, y se procederá a la liquidación del contrato y al pago de las indemnizaciones correspondientes, conforme a las previsiones consignadas en el presente contrato.”

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98’”*

Adicionalmente, CAJANAL liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, previamente referido.

A continuación, vale la pena citar las resoluciones respecto de las cuales el Consejo de Estado se pronunció en dicha sentencia:

-Resolución 003626 del 3 de septiembre de 1999, mediante la cual CAJANAL impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997. En la sentencia en cuestión y de cara a las pretensiones anulatorias, el Consejo de Estado declaró la cosa juzgada.

- Resolución 002379 del 21 de junio de 2000, mediante la cual CAJANAL resolvió el recurso de reposición interpuesto por CODETER contra la Resolución 003626 del 3 de septiembre de 1999, modificando la naturaleza del valor a cancelar, de una multa al pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual. En la sentencia en cuestión y de cara a las pretensiones anulatorias, el Consejo de Estado declaró la cosa juzgada.

- Resolución 004119 del 28 de octubre de 1999, mediante la cual CAJANAL impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997. Mediante la sentencia en cuestión, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución.

- Resolución 002422 del 28 de junio de 2000, mediante la cual CAJANAL resolvió el recurso de reposición de CODETER contra la Resolución 004119 del 28 de octubre de 1999, modificando la naturaleza del valor a cancelar, de una multa a pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual. Mediante la sentencia en cuestión, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución.

- Resolución 004520 del 23 de noviembre de 2000, mediante la cual CAJANAL liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997. Mediante la sentencia en cuestión, el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial de la Resolución, en cuanto incluyó los valores de las multas impuestas en las Resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999; 002379 del 21 de junio de 2000; 004119 del 28 de octubre de 2000 y 002422 del 28 de junio de 2000.

- Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001, mediante la cual CAJANAL resolvió el recurso de reposición interpuesto por CODETER contra la Resolución 4520 del 23 de noviembre de 2000. Mediante la sentencia en cuestión, el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial de la Resolución, en cuanto incluyó los valores de las multas impuestas en las Resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999; 002379 del 21 de junio de 2000; 004119 del 28 de octubre de 2000 y 002422 del 28 de junio de 2000.

El alto Tribunal profirió su fallo en consideración a que la Ley 80 de 1993 –régimen jurídico que gobernó el contrato interadministrativo mencionado– no facultó a CAJANAL a sancionar directamente al contratista incumplido, pues de conformidad con el marco jurídico señalado, la entidad, para ese entonces, debió haber acudido al juez del contrato.

En ese orden de ideas, es preciso destacar los siguientes aspectos. En primer lugar, CAJANAL profirió sendos actos administrativos ordenando el pago de multas, en un momento en el cual dicha entidad se encontraba regida por una norma que no la habilitaba para imponer unilateralmente el pago de aquellas e, incluso, aun cuando la póliza que amparaba el Convenio había excluido las multas de la cobertura del seguro. En segundo lugar, con ocasión de los recursos de reposición interpuestos por las Partes en contra de las resoluciones condenatorias, la entidad decidió cambiar la naturaleza de la sanción, convirtiendo las multas en una tasación unilateral de perjuicios. En consecuencia, el Consejo de Estado determinó la nulidad de los actos administrativos, advirtiendo la falta de competencia de la entidad para imponer sanciones, *motu proprio*, sin haber acudido al juez del Contrato para esos efectos.

Frente a lo anterior, el Concesionario en el recurso que se analiza textualmente afirmó que “(...) el Consejo de Estado señaló que la Ley 80 de 1993 fue la norma que gobernó el contrato, la cual, en términos de dicha Corporación, no fue creada con la facultad para imponer sanciones unilateralmente, por lo cual, para los contratos celebrados en dicha época, se debe acudir directamente al juez para obtener su declaratoria, siendo prohibido que las entidades estatales impongan sanciones a la luz de lo estatuido en la Ley 1474 de 2011, norma posterior y de aplicación para los contratos que se celebren después del año 2011”. Sin embargo, es necesario aclarar que el recurrente hace extensivo esa apreciación al caso en estudio, pasando por alto que no se trata de extremos análogos y que esa falta de uniformidad impide la aplicación automática de la decisión. Así, mientras que en la sentencia citada se alude a la imposición unilateral de multas y sanciones por el incumplimiento parcial de un convenio interadministrativo, realizada por una entidad carente de facultades para ello, mediante la Resolución 1685 de 12 de noviembre de 2019, proferida por este Despacho y recurrida por el Concesionario, se declaró la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 y el respectivo reconocimiento de perjuicios, por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contenidas en dicho contrato.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Así las cosas, se reitera, se trata de situaciones relacionadas con incumplimientos contractuales distintos (en el primer caso, se incumple un contrato interadministrativo de forma parcial, en cambio, el incumplimiento que aquí nos compete atañe a un contrato de concesión, desatención obligacional catalogada como grave y directa), respecto de los cuales se aplicaron diversos instrumentos jurídicos que, como es de esperarse, dan lugar a consecuencias jurídicas igualmente diversas (en el primer caso, la entidad administrativa ordenó el pago de multas y perjuicios sin competencia para ello, en cambio, en el caso que aquí nos compete, el Despacho declaró la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 como consecuencia del incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario).

De otra parte, es preciso mencionar que, tal como lo afirma el recurrente, el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 se encuentra cobijado por la Ley 80 de 1993, lo que en ningún momento ha sido cuestionado por el Despacho. Sin embargo, el recurrente se equivoca al señalar que el Despacho irrespetó el principio de la vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio al aplicar el actual estatuto anticorrupción al caso que se analiza. Al respecto es menester ahondar en los siguientes dos puntos:

- a El fundamento normativo de la caducidad declarada mediante la Resolución recurrida no es otro que la propia Ley 80 de 1993.

En ese sentido, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece que:

“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

Así pues, se tiene que la caducidad es una cláusula excepcional al derecho común que procede siempre que se presente “alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”. Lo anterior quiere decir que la Administración se encuentra legalmente facultada para declarar la caducidad de un contrato cuando evidencie incumplimientos graves por parte del contratista, susceptibles de afectar la ejecución del contrato y de poner en riesgo su continuidad. En otras palabras, no hay duda alguna que la Ley 80 de 1993 habilita directamente a las entidades administrativas para declarar la caducidad de los contratos cuando haya lugar a ello, incluso, en ausencia de un acuerdo de voluntades que así lo determine. De hecho, la misma Ley señala que “[e]n los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente”.¹⁷ Por ende, la falta de estipulación expresa no niega la existencia de la misma.

Aun así, es de resaltar que las Partes, de mutuo acuerdo, sí previeron la posibilidad de declarar la caducidad del Contrato de Concesión 09-CONP-98. De este modo, se refirieron a la caducidad como causal de terminación y a la caducidad propiamente dicha, remitiéndose expresamente al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, tal como se lee a continuación:

Cláusula 105.4 Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998:

¹⁷ Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

“CAUSALES DE TERMINACIÓN. El contrato de concesión terminará de manera ordinaria por el vencimiento del plazo previsto en la cláusula 3 del presente contrato, y de manera extraordinaria en cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

105.4. Por presentarse la caducidad en el contrato, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993”. (Subrayado fuera de texto).

Cláusula 127 Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998:

“CADUCIDAD DEL CONTRATO. Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONCESIONARIO establecidas en este contrato que afecte de manera grave y directa su ejecución, de manera tal que pueda conducir a su paralización, FERROVIAS por medio de acto administrativo debidamente motivado podrá decretar la caducidad del contrato, en los términos y condiciones previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en la cláusula 101 del presente contrato, en lo que fuere necesario.

Si existiendo las condiciones para declarar la caducidad del contrato FERROVIAS decide abstenerse de hacerlo, podrá en todo caso adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado.” (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, el Grupo Interno de Trabajo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la ANI, para proferir la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, actuó dentro del marco legal y contractual respectivo, encontrándose facultada para declarar la caducidad del Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998.

Sumado a lo anterior, es preciso evidenciar que el procedimiento sancionatorio mediante el cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión en cuestión, también se ha surtido en estricto cumplimiento de lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ello tiene que ver con el carácter del presunto incumplimiento contractual que se endilga al contratista (incumplimiento grave y directo de sus obligaciones) y el procedimiento sancionatorio mediante el cual se declara la caducidad (garantía del debido proceso). Así las cosas, los hechos constitutivos del presunto incumplimiento de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. han afectado de manera grave y directa la ejecución del Contrato, conduciendo a la paralización del servicio y otras obligaciones, tal como se analiza detalladamente en el numeral “4.3.2. Sobre la actuación de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en relación con el restablecimiento del servicio férreo” de esta Resolución.

Igualmente, el procedimiento sancionatorio mediante el cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998, se ha surtido en función de la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia de 17 de marzo de 2010 del Consejo de Estado¹⁸ en la cual se pone de presente que:

“Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

“Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del

¹⁸ Sección Tercera del Consejo de Estado, 17 de marzo de 2010, expediente: 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual. “(...)

“En otros términos, so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le que quepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la Administración para la cabal ejecución del contrato. Se pretende con la aplicación de este derecho fundamental que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la ley y el contrato, cuyo clausulado éste conoce desde la suscripción e iniciación del mismo”. (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, no cabe duda alguna que los postulados del Consejo de Estado han sido estrictamente aplicados durante el desarrollo del actual procedimiento administrativo sancionatorio. Efectivamente, el 12 de agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento, grave y directo, de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998. Ello, a efectos de que el Concesionario rindiera sus descargos y procediera a aportar y solicitar la práctica de pruebas que considerara pertinentes, de conformidad con la citación que le había sido enviada con la debida antelación y en cumplimiento de lo preceptuado por la norma mencionada.

Ahora bien, desde la fecha señalada y hasta antes de proferirse el presente acto administrativo, se realizaron varias sesiones de la audiencia referida en el precitado artículo 86, dada la necesidad de analizar los argumentos expuestos tanto por el Concesionario como por la Supervisión del Contrato, así como para resolver las solicitudes probatorias presentadas, decretar pruebas de oficio y efectuar su práctica.

Por ende, se evidencia que el Concesionario ha ejercido libremente su derecho de defensa y contradicción, al encontrarse inmerso en un contexto en el cual ha tenido la oportunidad de poner en conocimiento de este Despacho tanto su relato fáctico, como sus consideraciones jurídicas y solicitudes probatorias, en garantía y respeto del debido proceso.

- b En todo caso, vale la pena aclarar que, contrario a lo afirmado por el recurrente, no es cierto que a las entidades estatales les esté prohibido imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal en relación con los incumplimientos de los contratos celebrados antes del año 2011. Si bien, lo anterior (imposición de multas o cláusula penal) no es susceptible de aplicación al caso que nos convoca, es procedente aclarar la confusión puesta de presente por el Concesionario. En efecto, la Ley 1150 de 2007 sí habilitó a las entidades estatales para sancionar retrospectivamente a los contratistas incumplidos, siempre que se hubiese previsto la competencia de las entidades para imponer las multas o cláusulas pactadas y el acto administrativo que así lo dispone se profiera después de la entrada de vigencia de dicha Ley.¹⁹

Por consiguiente, ninguna de las anteriores aseveraciones realizadas por FDP es de recibo por este Despacho.

Aunado a lo anterior, el Concesionario también cuestionó la competencia de este Despacho aludiendo a un defecto procedimental y al incumplimiento del Contrato de Concesión 09-CONP-98, en la medida que, según las afirmaciones de FDP, la ANI debió agotar los presupuestos contractuales dispuestos para hacer frente a posibles incumplimientos, antes de iniciar el actual procedimiento sancionatorio. Esto es, haber convenido de mutuo acuerdo un plan para el restablecimiento de las situaciones que hubiesen podido originar el posible incumplimiento y, de no darse tal acuerdo, debió haberse impulsado alguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Igualmente, el Concesionario afirmó que en múltiples ocasiones presentó solicitudes de arreglo directo a la Entidad, no obstante, no recibió respuesta alguna por parte de la misma, constituyéndose un

¹⁹ En la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección tercera, de 24 de febrero de 2010, se estableció que: “[a]unque el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a la administración pública para imponer las multas y dicha facultad se entiende atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley. Esta disposición no puede resultar aplicable al caso dado que la imposición de la multa se efectuó antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007. En el sentido, si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.”

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

incumplimiento grave de las obligaciones de la ANI al omitir su deber legar de dar respuesta y de seguir los procedimientos establecidos en el Contrato. En ese sentido, afirma que si FDP resultase incumplido, la ANI también lo estaría al configurarse la excepción de contrato no cumplido.

Al respecto sea lo primero señalar que una vez confrontado el anterior argumento –expuesto por el Concesionario para sustentar su recurso de reposición– con los argumentos previamente esgrimidos por él mismo en el marco de la presente actuación administrativa, se advierte que no existen elementos nuevos de valoración diferentes a los analizados en la resolución recurrida. Por consiguiente, es claro para este Despacho que, tal como se estableció en la Resolución 1685 de 12 de noviembre de 2019, el uso de los mecanismos para la solución de conflictos dispuesto en el Capítulo XXVII del Contrato de Concesión, no limita ni condiciona la facultad sancionatoria que tienen las entidades estatales como mecanismo para asegurar los cometidos estatales.

Ello obedece a que el ejercicio del deber de vigilancia a cargo de las respectivas entidades administrativas no se ve limitado por la activación de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos y, en consecuencia, por la activación del trámite de arreglo directo mencionado por el Concesionario, toda vez que es de la esencia del contrato estatal que las obligaciones pactadas contractualmente sean debidamente cumplidas. Lo contrario significaría eliminar las facultades de control propias de la Entidad cada vez que el contratista manifieste su desacuerdo en relación con el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales y, en consecuencia, solicite o se encuentre a la expectativa de que el mecanismo alternativo de solución de controversias de que se trate, se vea agotado.

Así pues, con independencia de la presentación de una solicitud dirigida a activar los mecanismos de solución de controversias, el procedimiento sancionatorio debe iniciarse y seguir su curso normal, salvo que la entidad tenga conocimiento de la cesación del incumplimiento endilgado al concesionario, para proceder a la terminación de aquel [literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011].

En este orden de ideas, es claro entonces que el inicio de un proceso sancionatorio no cercena la posibilidad que tienen las partes del contrato de concesión de dar aplicación a la cláusula compromisoria o a cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos; sin que ello quiera decir que la interposición de la solicitud o de la demanda para activar alguno de los referidos mecanismos, suspende el ejercicio de las prerrogativas contenidas en el ordenamiento legal para la vigilancia y control del negocio jurídico estatal.

Lo anterior se ve reflejado en la regulación vertida en el literal e) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013²⁰, cuando señala que el ejercicio de mecanismos alternativos de solución de controversias, no suspende automáticamente el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común que tienen las entidades contratantes, como lo es para este caso la declaración de caducidad del contrato.

Por consiguiente, se colige que si bien, las partes contractualmente pactaron en sus Cláusulas 130 a 133 una serie de mecanismos para la solución de controversias que incluye el trámite de arreglo directo, la conciliación, el tribunal de arbitramento y el amigable componedor, lo cierto es que este Despacho está en el deber y tiene el derecho de iniciar y concluir las actuaciones que estime necesarias para verificar la correcta ejecución del contrato estatal del Proyecto que adelanta la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. y de velar por la debida utilización de los recursos públicos. En efecto, resultado de dicha prerrogativa es el trámite de la presente actuación administrativa. Sobre todo, tratándose de las circunstancias que se presentan en el caso concreto, relacionadas con la caducidad contractual declarada mediante la Resolución recurrida, precisamente, por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afectan de manera grave y directa la ejecución del Contrato susceptibles de conducir a su paralización. Dicho de otro modo, no se trata de cualquier tipo de incumplimiento contractual.

De otra parte, es del caso insistir en que la declaratoria de caducidad a la cual alude la misma Ley, es una facultad extraordinaria que no puede condicionarse a una serie de procedimientos contractuales que, además, están dirigidos al ejercicio de la supervisión del Contrato. La caducidad, por tanto, es una facultad permitida legalmente e, incluso, exigible y necesaria con ocasión de la gravedad de los presuntos incumplimientos por parte del contratista.

20 “**LEY 1682 DE 2013. Artículo 14.** Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas. Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas: (...) e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan (...)”.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

En este punto, es preciso traer a colación una sentencia del Consejo de Estado mediante la cual se resolvió un tema similar y se aclaró que la existencia de una cláusula contractual no impide iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del contratista, en la medida que con este último se persigue la correcta ejecución de los contratos. Al respecto, el Consejo de Estado expresamente señaló que:

"De acuerdo con lo transcrito, se concluye que la Audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es un derecho y deber que le asiste a las Entidades Públicas a fin de esclarecer lo ocurrido dentro de la ejecución de los Contratos celebrados conforme al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo cual encuentra respaldo en los principios constitucionales, y el interés general que le asiste de velar por la guarda de los recursos públicos.

En consecuencia, se colige que a pesar de que existe una cláusula compromisoria entre las partes, lo cierto es que la ANI está en el deber y tiene el derecho de iniciar las actuaciones que estime necesarias para verificar la correcta ejecución de los contratos y velar por la debida utilización de los recursos públicos, de modo que el procedimiento sancionatorio en contra de la Sociedad Tren de Occidente goza de pleno respaldo constitucional y legal, y mal podría hablarse de una situación desproporcionada o arbitraria que excede el ámbito de competencias otorgadas a la Agencia Nacional de Infraestructura. Así las cosas, la Sala dirá que con el inicio del trámite sancionatorio del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, la ANI no vulneró los derechos fundamentales de la Sociedad Concesionaria.”²¹

Ahora bien, tal como se señaló inicialmente, el apoderado del Concesionario, al citar textualmente la cláusula 130 del Contrato sobre “Arreglo Directo”, afirmó que “nada de lo enunciado ha sido cumplido por la entidad estatal, ni siquiera ha respondido los requerimientos efectuados por mi representado, omitiendo su deber legal de dar respuesta y de seguir el procedimiento y los lineamientos establecidos por el mismo contrato para enfrentar esta clase de situaciones”²², lo cual, a su modo de ver, da lugar a la configuración de la “excepción de contrato no cumplido”, en caso tal que el Concesionario resultase incumplido.

Pese a la contundente afirmación del Concesionario, es menester aclarar que este Despacho, una vez analizado el acervo probatorio que forma parte del presente procedimiento administrativo sancionatorio, advirtió que, contrario a lo manifestado inicialmente por Ferrocarril del Pacífico S.A.S., la Supervisión sí se pronunció, en múltiples ocasiones, sobre las solicitudes de arreglo directo presentadas por el primero.

En este sentido, vale la pena traer a colación algunos apartados contenidos en los memorandos que en su momento le fueron enviados al Concesionario y que se encuentran referidos a las solicitudes de arreglo directo, así:

- Memorando ANI No. 2018-307-008829-1 de 21 de marzo de 2018,²³ pág. 4:

²¹ Véase sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 1º de agosto de 2013, expediente de tutela No. AC-76001-23-33-000-2013-00539-01. En este asunto el Contratista alegó la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de acción, al tramitarse un proceso administrativo sancionatorio cuando él había formulado previamente un Tribunal Arbitral en el que se discutía la exigibilidad de las obligaciones a su cargo.

²² Véase la página 5 del documento aportado por el Concesionario al sustentar su recurso, cuyo asunto es “Recurso de reposición Resolución 1685 de 2019”.

²³ Mediante dicho Memorando, la Vicepresidencia de Gestión Contractual y la Gerencia de Modo Férreo y Portuario respondieron la comunicación radicada por Ferrocarril del Pacífico S.A.S. con el No. 2018-409-001508-2 de 9-01-2018, relacionada con la solicitud de arreglo directo y Plan de Recuperación y Mejoramiento para la Concesión No. 09-CONP-98.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

De acuerdo con esto, no es válida su afirmación relacionada con que “los mecanismos de solución de conflictos previstos en el Contrato de Concesión 09-CONP-98 son el procedimiento a los que debió acudir para debatir las situaciones de posibles incumplimientos con los que fundamentó el inicio de la Audiencia de incumplimiento para posible caducidad”

No obstante lo anterior y ante su solicitud de revisar el estado de la concesión y escuchar una propuesta de normalización de los incumplimientos presentados en el contrato de concesión No.09-CONP-98, en aras de lograr una solución definitiva, el día 16 de marzo de 2017 se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de la Agencia en la que se establecieron una serie de compromisos por parte de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. que “permitirían, en el corto plazo, normalizar el contrato de concesión”, que tampoco fueron atendidos; por lo que no es cierto que la Entidad no haya “accedido” a dar trámite a su solicitud ni que haya dejado de efectuar “un análisis profundo” frente a lo indicado en su comunicación del 1° de marzo de 2017 relacionada con la “Denuncia de conflicto para solución (sic) por la vía de arreglo directo (cláusula 130 Contrato de Concesión No.09-CONP-98)”.

- Memorando ANI No. 2019-307-007238-1 de 7 de marzo de 2019,²⁴ págs. 1 y 2:

En atención a la comunicación citada en el asunto mediante la cual hace una convocatoria para que por “la vía arreglo directo como mecanismo para la solución de conflictos conforme lo estipulado en el artículo 130 del contrato de concesión de infraestructura y de obras de conservación de la RED Férrea del Pacífico 09-CONP-98, definamos conjuntamente una fórmula de solución a los conflictos propuestos y causas no imputables al concesionario derivadas de afectaciones graves a la vía férrea entregada en concesión que dificultan además y de manera objetiva el cumplimiento de lo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutive expresada en la Resolución No.822 del 17 de mayo de 2018 proferida con ocasión de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que se inició por el presunto incumplimiento imputado a la sociedad concesionaria de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de concesión No.09-CONP-98” es pertinente señalar lo siguiente:

La Agencia le solicitó concepto a la interventoría quien se pronunció mediante la comunicación No. 2019-409-012999-2 el 8 de febrero de 2019 en el siguiente sentido:

“Siendo así, a la fecha de recibo del comunicado FDP Rad 2019-409-006133-2 “Propuesta de acuerdo para superar la actual situación que presenta FDP y la prestación del servicio público de transporte férreo de carga en la Red Férrea del Pacífico” ya se había cumplido el término de seis (6) meses previsto en la cláusula 108 del Contrato de Concesión No.09-CONP-98 de 1998 para que el concesionario FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. solucionara las situaciones que dieron lugar a la causal de terminación anticipada, sin registrar durante dicho lapso evidencia alguna del restablecimiento de la operación ferroviaria de la infraestructura para la prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga que permita la circulación de trenes en régimen de seguridad, continuidad y fiabilidad.

(...)

Por lo tanto, a juicio de esta Interventoría no es posible afirmar que a la luz de la cláusula 130 de arreglo directo entre las partes, la presentación de la denominada “Propuesta acuerdo para superar la actual situación que presenta FDP y la prestación del servicio público de transporte férreo de carga en la Red Férrea del Pacífico” resulte ser ahora el procedimiento legal o contractualmente estipulado para subsanar los presuntos incumplimientos que dieron origen a la sanción impuesta al concesionario FERROCARRIL DEL PACÍFICO SAS, menos aun teniendo en cuenta que a la fecha de ser recibida la propuesta de FDP ya se había cumplido el plazo para restablecer la situación causante del incumplimiento”. (Subrayado fuera del texto inicial).

Visto lo anterior, claramente se observa que la afirmación del Concesionario sobre la falta de respuesta de la ANI a los requerimientos presentados por él mismo, relacionados con la solicitud de arreglo directo, carece de veracidad. Tan es así, que el Concesionario, al momento de descender el traslado del informe allegado por la Supervisión, en virtud de la prueba de oficio decretada por este Despacho mediante Auto de 5 de diciembre de 2019, la cual se encontraba acompañada de los memorandos previamente citados (respuestas a los requerimientos del Concesionario), además de no desconocer dichos documentos, aludió a los mismos para: i) pretender probar un aspecto distinto, esto es, que existen ciertas circunstancias que

²⁴ Mediante dicho Memorando, la Vicepresidencia Ejecutiva respondió las comunicaciones radicadas por Ferrocarril del Pacífico S.A.S. con los Nos. 2019-409-001988-2 de 9-01-2019 y 2019-409-013575-2 de 11-02-2019, relacionada con la solicitud de arreglo directo y Plan de Recuperación y Mejoramiento para la Concesión No. 09-CONP-98.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

impiden que la operación de la vía férrea tenga lugar en condiciones de seguridad y eficiencia; y, para (ii) manifestar su inconformidad con la respuesta dada por la Supervisión del Contrato mediante Memorando 2019-307-039822-1 de 19 de noviembre de 2019²⁵ a una de sus solicitudes de arreglo directo, en la medida en que se le puso de presente que los hechos descritos en la solicitud correspondían a presuntos incumplimientos inmersos en procesos administrativos sancionatorios adelantados por la ANI, razón por la cual la Supervisión del Proyecto le sugirió ejercer su defensa dentro de dichos escenarios. En ese sentido, el Concesionario consideró que la respuesta no era válida a la luz de lo legalmente pactado y señaló que la Supervisión no tomó una decisión de fondo.

Frente a esto último sea del caso reiterar que la Supervisión sí ha dado respuesta a los requerimientos y solicitudes presentadas por el Concesionario, como quedó demostrado con la documentación allegada al expediente y, en todo caso, sería, a todas luces, improcedente reconocer que la respuesta dada por la Entidad no tiene validez alguna porque no se concretó en la apertura de un procedimiento de arreglo directo; máxime, teniendo en cuenta que la Interventoría y la Supervisión, durante el desarrollo de la relación contractual, han efectuado múltiples requerimientos al Concesionario para compelerlo a cumplir, sin obtener resultado positivo alguno. Incluso, varios de estos han desembocado en procedimientos sancionatorios a través de los cuales se ha declarado el incumplimiento de FDP, tal como sucede con la Resolución 1284 de 12 de julio de 2018, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra la Resolución 822 de 2018, confirmando el incumplimiento anticipado del contrato y la condena del pago de perjuicios.

Sobre este tema, vale la pena citar un apartado de la sentencia de 17 de marzo de 2010, de la sección tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se estableció claramente que:

“Ahora, al margen de que en varias oportunidades las entidades hubieran rechazado las fórmulas del acuerdo presentadas por el concesionario para conjurar la crisis, esa situación en manera alguna desdibuja el apego al derecho del debido proceso y al derecho de defensa con que actuaron.

No resulta irrazonable para esta Sala inferir que tal negativa pudo obedecer, en primer lugar, a que para entonces la situación de incumplimiento en que se hallaba incurso la sociedad Salcarsa, dada la magnitud de su gravedad, se había tornado en insuperable y, segundo, es sensato considerar que la insistente argumentación relativa a la falta de eficacia de las medidas adoptadas en noviembre de 1997 hubiera podido mermar la credibilidad y confianza en el concesionario, si se tiene en consideración que este participó activamente en el diseño de las mismas, pero en momento alguno pudo cumplirlas. Así pues, quedan sin sustento los cargos de la apelación presentada por la parte demandante, toda vez que no se demostró que la entidad hubiera obrado por fuera del marco jurídico al adoptar la decisión de declaratoria de caducidad del contrato de refinería, acto administrativo que por esa razón está llamada a conservar su presunción de legalidad.”²⁶
(Subrayado fuera de texto).

Finalmente, vale la pena reiterar un aspecto que ya había sido tratado en la Resolución recurrida, el cual tiene que ver con el informe de la interventoría o de la supervisión del contrato que da cuenta del presunto incumplimiento del Concesionario, en la medida que es este la base o insumo principal para iniciar un procedimiento administrativo contractual sancionatorio, no otro. En efecto, a partir de este, y en cumplimiento de garantías de orden sustancial y procesal, se inicia este tipo de procedimientos para que en un escenario garantista, sea posible debatir, controvertir y demostrar los hechos y circunstancias sobre los cuales se fundamenta la decisión última a favor, o no, del Concesionario.

En el caso en cuestión, la Interventoría, actuando dentro del marco de sus funciones, puso en conocimiento de la Supervisión del Contrato los presuntos incumplimientos del Concesionario, a partir de los cuales se ha afectado de manera grave y directa la ejecución del objeto del Contrato. Igualmente, dichos incumplimientos han dado lugar a la consolidación de ciertos daños, que también fueron valorados por aquella. Específicamente, los informes y comunicaciones allegados por la Interventoría y recogidos en la citación a audiencia con radicado ANI No. 2019-707-023740-1 de 23 de julio de 2019, perfectamente conocida por el Concesionario, advierten que desde el día 7 de abril de 2017, Ferrocarril del Pacífico

²⁵ Véase pág. 8 y 9 del documento allegado por el Concesionario, denominado “TRASLADO PRUEBA DOCUMENTAL POR AUTO DE 11 DE FEBRERO 2011- PRUEBA CONSISTENTE DOCUMENTOS QUE FUERON ENVIADOS MEDIANTE CORREO ELECTRÓNICO DE 10 DE FEBRERO DE 2020 Y TRANSFERENCIA DE DATOS POR APLICACIÓN WEB “TRANSFERNOW-144550 Y TRANSFERNOW-1D53E9” COMO AMPLIACIÓN AL TRASLADO DEL MEMORANDO CON RADICADO ANI NO. 2020-307-001408-3 DE 17 DE ENERO DE 2020, DENOMINADO “CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 09-CONP-98, RED FÉRREA DEL PACÍFICO. REMISIÓN DEL INFORME Y PRUEBA FILMOGRÁFICA ORDENADA MEDIANTE AUTO DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 2019.”

²⁶ Consejo de Estado, 17 de marzo de 2010, expediente: 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

S.A.S. suspendió todas las actividades de conservación, mantenimiento, operación y explotación de la red concesionada, acumulando al 21 de enero de 2019 un total de 654 días de parálisis del Contrato.

En ese orden de ideas, se advierte, pues, que el Despacho le dio estricto cumplimiento a la norma citada, tomando como base el informe en cuestión y poniéndolo en conocimiento del Concesionario de modo oportuno para lo pertinente. En ese sentido, se reitera, no existe ningún presupuesto o condición adicional para iniciar el proceso sancionatorio. Es decir, así como la activación de los mecanismos de solución de conflictos no condicionan el inicio del actual procedimiento sancionatorio, tampoco lo es el traslado de informes, comentarios u observaciones por parte del Supervisor al Concesionario. Por ende, no es cierto que las cláusulas contractuales citadas por el Concesionario (89.5 y 89.6) hayan sido vulneradas, máxime, tratándose del presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales que afectan de manera grave y directa la ejecución del objeto del Contrato.

En todo caso, es preciso indicar que la Interventoría, en ejercicio de sus funciones, requirió reiteradamente al Concesionario para que le informara sobre las causas que motivaron el incumplimiento contractual. Asimismo, lo ha requerido constantemente a efectos de cumplir con las obligaciones contractuales relacionadas con la operación, la conservación y el mantenimiento de la infraestructura concesionada. Por tanto, no es cierto que el Concesionario no haya recibido informes relativos al presunto incumplimiento que se le ha endilgado dentro del actual procedimiento sancionatorio. Al contrario, mediante diversas comunicaciones que le fueron oportunamente notificadas al Concesionario, este último no solo conoció con anterioridad la posición de la Interventoría sobre el tema en cuestión, sino que, conforme a lo manifestado por ella misma, el Concesionario hizo caso omiso de las solicitudes y requerimientos que le fueron presentados a través de dichas comunicaciones, al no dar respuesta a las mismas y, mucho menos, al no proceder a cumplir con las obligaciones de operación, conservación y mantenimiento de la infraestructura a su cargo.

En este orden de ideas, y de modo enunciativo, vale la pena traer a colación las siguientes comunicaciones:

- CTP-INTV-FDP-033-2017 de 11 de abril de 2017, la Interventoría CTP le manifestó al Concesionario que había advertido la suspensión de la operación ferroviaria desde las 12:30 horas del día 7 de abril de 2017 y le solicitó información sobre la causa o motivo para proceder a la suspensión de sus operaciones. (Rad. ANI No. 2017-409-038805-2 de 12 de abril de 2017).
- CTP-INTV-FDP-044-2017 de 07 de junio de 2017, la Interventoría CTP le advirtió al Concesionario que la suspensión de las actividades también había afectado las labores de mantenimiento y conservación de la infraestructura, así como el mantenimiento del material tractivo (Locomotoras) y rodante (Vehículos) de los equipos ferroviarios concesionados. Asimismo, le recordó al Concesionario la cláusula 13.8 del Contrato, relacionada con “[l]a obligación de mantener todos los bienes afectados al servicio en buen estado de conservación y uso”. (Rad. ANI No. 2017-409-060907-2 de 8 de junio de 2017).
- CTP-INTV-FDP-078-2018 de 16 de febrero de 2018, la Interventoría CTP reiteró al Concesionario la solicitud de información sobre la causa o motivo para proceder a la suspensión de las actividades de operación, conservación y mantenimiento de material tractivo (Locomotoras) y remolcado (vehículos). Igualmente, le reiteró el requerimiento del cumplimiento de las respectivas obligaciones contractuales a su cargo (Rad. ANI No. 2018-409-016967-2 de 19 de febrero de 2018).

Desvirtuado entonces el supuesto incumplimiento por parte de la Supervisión del Contrato en relación con las obligaciones referidas por el Concesionario, es necesario declarar que la excepción de contrato no cumplido, propuesta por este último, no tiene asidero alguno.

En suma, de conformidad con las consideraciones expuestas, los cargos esgrimidos por el recurrente sobre la falta de competencia de este Despacho deben ser rechazados, pues, se reitera, la sentencia citada por el apoderado del Concesionario no afecta de modo alguno la competencia de la ANI, en tanto que aquella se encuentra referida a aspectos distintos a los que atañen al presente procedimiento. Por ende, tampoco es procedente la solicitud del Concesionario cuando le requiere a este Despacho aplicar el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, relacionado con la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. En el mismo sentido, no es cierto que el inicio y continuación del presente procedimiento sancionatorio vulnera el principio relativo a la vigencia de la ley en el tiempo y espacio y, mucho menos, el principio *pacta sunt servanda*, y con este, las obligaciones contractuales relacionadas con la activación de los mecanismos de resolución de controversias. En consecuencia, los argumentos esgrimidos por FDP deben ser rechazados.

4.3.2. Sobre la actuación de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en relación con el restablecimiento del servicio férreo.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

El Concesionario manifiesta que FDP ha continuado realizando actividades tanto de mantenimiento y conservación de la red férrea entregada en concesión, como de mantenimiento del equipo tractivo y rodante, lo cual le permite afirmar que el Contrato de Concesión no se encuentra paralizado.

En ese sentido, el Concesionario señala que ha desplegado diversas actividades (restitución de las transiciones, cambios de traviesas, colocación de placas de asiento, clavos y tirafondos) que forman parte del plan de recuperación y mejoramiento presentado por FDP a la Superintendencia de Puertos y Transportes, y que durante el año 2019 ha realizado trabajos para reestablecer el paso del tren en algunos sectores de la vía férrea, así como trabajos de mantenimiento de vías e infraestructura al interior de las estaciones. Adicionalmente, manifiesta que aún se encuentra dentro del plazo mínimo convenido para la ejecución de las obras, de acuerdo con la cláusula 32 del Contrato de Concesión, lo cual, en su opinión, impide hablar de paralización del contrato en relación con su mantenimiento. Máxime, considerando el “Plan de rehabilitación y mantenimiento de vía férrea año 2019” y lo que allí se tiene presupuestado frente al mantenimiento correctivo, preventivo y sistemático a ejecutar por FDP durante el siguiente periodo mínimo de 5 años, 2020-2025.

En cuanto al mantenimiento del equipo tractivo y rodante, el Concesionario establece que ha hecho revisiones periódicas con un grupo de mecánicos, pero que, considerando que algunas locomotoras no están operando, no ha sido posible revisar los límites de kilometraje especificados en el manual de mantenimiento. Para el efecto, cita nuevamente las normas americanas de mantenimiento establecidas por la AAR “Association of American Railroads” – “Safety and Operations” y reitera que, conforme a la legislación ferroviaria colombiana, estas son aplicables al caso en cuestión. Por consiguiente, la revisión y mantenimiento del equipo ferroviario tractivo debe realizarse cuando se alcancen ciertos kilómetros recorridos (2000 km tratándose de locomotoras), y no cuando se cumpla cierta cantidad de días.

Así las cosas, sea lo primero señalar que, el Concesionario, para sustentar su recurso de reposición en relación con los anteriores temas, expuso argumentos similares a los que presentó al formular sus descargos. Por tanto, es procedente citar, en los aspectos atinentes a ello, la Resolución recurrida.

En lo que tiene que ver con la afirmación mediante la cual el Concesionario declara que aún se encuentra dentro del plazo mínimo convenido para la ejecución de las obras, de conformidad con la cláusula 32 del mismo Contrato, este Despacho, haciendo una lectura atenta de la cláusula citada por él mismo, como de otras cláusulas contractuales relativas a la conservación de la infraestructura de transporte férreo, allegó a una conclusión distinta a la expuesta por FDP. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“En primer lugar, de conformidad con la cláusula 30, el Concesionario deberá efectuar por su cuenta y riesgo las obras de conservación sobre la red entregada, en la medida que pueda garantizar tanto la operación eficiente de la infraestructura, como la prestación del servicio público de transporte férreo de manera permanente, continua y segura, **“a través de la totalidad de la red férrea que se entrega en concesión”**. Ahora bien, se entiende por obras de conservación, todas las actividades tanto de **“carácter periódico como de carácter rutinario”** que resulten necesarias para que la infraestructura y la circulación de trenes sobre aquella, cumplan con los estándares mínimos del Anexo 4 y las demás que se requieran para el mantenimiento en buen estado de funcionamiento de bienes muebles e inmuebles, obras civiles y equipos que forman parte de la infraestructura. (Resaltado fuera de texto).*

*De igual manera, la cláusula 31 relativa a los estándares mínimos, determina que las obras de conservación deberán efectuarse como mínimo, de acuerdo con las especificaciones mínimas señaladas en el Anexo 4 y, en todo caso, **“sólo se entenderá técnicamente adecuada dicha labor en la medida en que le permita a EL CONCESIONARIO garantizar tanto la operación eficiente de dicha infraestructura como la permanencia, continuidad y seguridad en la prestación del servicio público de transporte férreo”**. (Resaltado fuera de texto).*

*Finalmente, la cláusula 32 citada por FDP, señala que **“el Concesionario deberá ejecutar las obras de conservación correspondientes que permitan garantizar la perfecta funcionalidad de las vías e instalaciones de infraestructura, de manera sistemática, con revisiones generales progresivas durante periodos que no superen los cinco (5) años”**. (Resaltado fuera de texto).*

Así, si bien es cierto, las partes contractualmente acordaron que las revisiones generales no deben superar los 5 años entre una y otra revisión, también es cierto que esto es, apenas, un límite máximo respecto al rango de tiempo que podría transcurrir entre una revisión y otra; en otras palabras, dicho periodo no puede ser superior a 5 años. Con ello se entiende que los periodos de tiempo entre una revisión y otra pueden ser menores,

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

máxime, considerando que FDP deberá ejecutar las obras de conservación necesarias para garantizar la perfecta funcionalidad de las vías e instalaciones de infraestructura, en términos de eficiencia, permanencia, continuidad y seguridad. En ese sentido y teniendo en cuenta que el Concesionario tiene los conocimientos técnicos y especializados sobre la materia, se encuentra en la capacidad de definir, con buen criterio, cuándo debe realizar las obras de conservación requeridas, sin esperar, para ello, que se cumplan los 5 años a los que alude la cláusula.”²⁷

En consecuencia, de modo alguno resulta procedente tener como cierta la declaración del Concesionario cuando afirma que “no se puede hablar de la paralización del contrato de concesión con relación al mantenimiento que se debe realizar si nos encontramos dentro del término contractual estipulado por las partes para realizarlo”, en tanto que, como se ha insistido, mediante la cláusula 32 del Contrato, el Concesionario se obligó a garantizar la perfecta funcionalidad de las vías e instalaciones de infraestructura, ejecutando las obras de conservación correspondientes, las cuales deben ser objeto de revisión dentro de un límite de tiempo determinado, esto es, dentro de periodos de tiempo que no superen los 5 años.

Ahora bien, en lo que respecta a las afirmaciones del Concesionario relativas al cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y conservación de la infraestructura que le fue entregada en concesión y respecto de las cuales allegó sendos documentos con la pretensión de evidenciarlo, entre los cuales se encuentra el “INFORME DIARIO DE ACTIVIDADES DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO DE VIA FERREA AÑO 2019”, el “PLAN DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO DE VIA FERREA AÑO 2019”, así como siete (7) anexos que contienen imágenes del estado de la vía en ciertos tramos,²⁸ es preciso indicar, de antemano, que el Concesionario no logró acreditar dicho cumplimiento por las razones que se explican a continuación.

En primer lugar, es de aclarar que el referido “PLAN DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO DE VIA FERREA AÑO 2019” –por ende, el informe diario de actividades– no forma parte del Contrato de Concesión ni, mucho menos, fue producto de un acuerdo entre las Partes, por lo tanto, no tiene efecto vinculante alguno. Dicho documento, en cambio, constituye una mera declaración de propósitos, metas o intenciones a cumplir entre noviembre de 2019 y los primeros meses del año en curso que, precisamente, por su propia naturaleza (proyección de actividades) de ningún modo evidencia que el Concesionario le ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo, como lo afirma en la sustentación del recurso. Lo anterior, a diferencia del Manual de Mantenimiento DAT 055, que además de ser de obligatorio cumplimiento, fue el documento a través del cual el mismo Concesionario determinó las actividades e intervenciones que él mismo adelantaría durante la ejecución contractual para garantizar las condiciones de operatividad de todo el corredor férreo. Pese a la trascendencia de dicho Manual, el Concesionario al sustentar el recurso de reposición, hizo caso omiso de las obligaciones a su cargo allí especificadas y, en su lugar, se limitó a afirmar que ha venido cumpliendo con el mantenimiento y conservación de la red férrea, de conformidad tanto con el Plan en mención, como con el Plan de Recuperación y Mejoramiento que el Concesionario tuvo que presentar ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, en virtud del sometimiento a control del que fue objeto según lo ordenado por dicha Superintendencia, documento que también es ajeno a la relación contractual entre la ANI y el Concesionario.

Justamente, para confirmar si el Concesionario ha dado cumplimiento al Contrato de Concesión y, con este, al Manual de Mantenimiento DAT 055, y con ocasión de lo resuelto mediante el citado Auto de 5 de diciembre de 2019, la Interventoría y la Supervisión del Contrato realizaron un recorrido a lo largo del corredor férreo. Para ello, los respectivos funcionarios iniciaron su visita desde el Puerto de Buenaventura, continuaron el recorrido tanto en los tramos en los cuales el Concesionario afirmó haber desplegado actividades de mantenimiento, como en otros tramos del corredor concesionado y, finalmente, terminaron la

²⁷ Véase pág. 57 de la Resolución recurrida.

²⁸ **Anexo No. 1:** Rocería Estación Buenaventura 3+00; Rocería Limpieza y Mantenimiento Estación Yumbo PK 155+00; Limpieza, adecuación y reconstrucción Bodega - Estación Buga PK 238+00; Limpieza y Rocería Cali - Yumbo PK 170+00 AL PK 155+00. **Anexo No. 2:** Instalación de traviesas de madera PK 170+00 AL PK 155+00; Limpieza línea férrea PK 170+00; Visita Puentes Fraile y Bolo para inspección de estado.

Anexo No. 3: Cambio de Traviesas.

Anexo No. 4: Reparación Vía Férrea Sector Finca - Buga PK 239.

Anexo No. 5: Trabajos Realizados En Vía Del PK 153 Al PK 152.

Anexo No. 6: Derrumbe de Banca PK 140+400; Limpieza y descope; Adecuación terreno; Cargue y descargue de material en PK 140+400; Nivelación de terreno; Amarre de acero para fundir; Fundición de loza; Amarre de acero y función de muro 380x0.90x0.40; Arme de gavión; Relleno de gavión con roca; Limpieza de riel anclado; Traslado de roca al lugar de Gaviones; Cargue y descargue tubos de aguas lluvias para instalar; Arme andamio a la altura de la línea férrea y acomodación tubo de desagüe; Acomodación de rieles sobre la línea férrea; Apuntalamiento de vía férrea.

Anexo No. 7: Rocería Taller Palmira PK 196+00; Rocería Cali-Yumbo PK 170+00 al 155+00.

Anexo programación No. 1 PLAN DE MANTENIMIENTO DE VIA FERREA NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 2019.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

visita en el Ramal Zarzal - La Tebaida, tal como consta en los videos allegados oportunamente a este Despacho, los cuales fueron debidamente incorporados al expediente y puestos en conocimiento del Concesionario. Así las cosas, durante el recorrido descrito, fue posible verificar el estado general de la vía, advirtiéndose que los argumentos del Concesionario relativos a las actividades de cumplimiento, no corresponden exactamente a la realidad.

Efectivamente, en el informe que da cuenta de la videograbación mencionada, la Interventoría evidenció que las actividades y obras de mantenimiento correctivo a las cuales aludió el Concesionario fueron ejecutadas. No obstante, aquellas se realizaron únicamente para permitir el paso de un tren de trabajo, necesario para restablecer la pérdida de la banca férrea en una zona determinada (hasta el Km 140+400).

Adicionalmente, se observó que las actividades de recomposición de las transiciones señaladas por el Concesionario, no se desarrollaron de conformidad con los criterios del Manual de Mantenimiento DAT 055 previamente citado. De hecho, FDP se limitó a realizar el cambio de algunas traviesas de madera y a la colocación de fijaciones, sin llevar a cabo actividades de nivelación y alineación de la vía, lo cual impide garantizar la seguridad del tránsito de los vehículos férreos.

Sumado a lo anterior, el Concesionario afirmó haber realizado otras actividades y obras de mantenimiento correctivo, respecto de las cuales también se llevó a cabo un trabajo de verificación, cuyo resultado puede evidenciarse en la siguiente tabla:

Actividades descritas por el Concesionario	Verificación
Limpieza y rocería Cali-Yumbo PK 170+00 al PK 155+00	No se evidenció actividades entre el PK166 si PK161. Se evidenciaron actividades desde Cali PK 166 hacia el PK171+00.
Instalación de traviesas de madera PK 170+00 al PK 155+00	No se evidenció.
Limpieza de la línea férrea PK 170+00	No se evidenció.
Visita a Puentes Fraile y Bolo	Se visitó el puente el Bolo, se evidenció una falla en el estribo izquierdo aguas abajo.
Cambio de traviesas (Anexo 3)	No identifican el PK.
Reparación vía férrea sector Finca-Buga PK 239	Se evidenció que el sector se encuentra en buen estado, sin embargo, la interventoría tuvo conocimiento de unas actividades constructivas por parte de terceros sin el respectivo permiso.
Trabajos Realizados en la vía del PK 153 al PK 152	Solo se instalaron fijaciones.
Rocería Taller de Palmira PK 196+00	Se realizó rocería.
Derrumbe de Banca PK 140+400: Limpieza y descapote, adecuación del terreno, cargue y descargue de material, nivelación del terreno, arme de acero para fundir, arme de acero y fundición de muro 380x0.90.40, arme de gavión, relleno de gavión con roca, traslado de roca al lugar de gaviones, cargue y descargue, tubos aguas lluvias para instalar, arme andamio a la altura de la línea férrea y acomodación de tubo de desagüe, acomodación de rieles sobre la línea férrea, apuntamiento de la vía férrea.	Se realizaron las actividades descritas, sin embargo, el Concesionario, previo a las actividades, no presentó para revisión y concepto de la interventoría los Estudios, Diseños, Planos, Memorias de Cálculo y Cronograma de Obra, que en una ejecución de esta magnitud son requeridos.
Mantenimiento de vías e infraestructura al Interior de las estaciones	
Rocería estación de Buenaventura 3+00	Se realizaron actividades de rocería.
Rocería, limpieza y mantenimiento estación de Yumbo PK 155+00	Se realizaron actividades de rocería.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Limpieza, adecuación y reconstrucción de bodega estación Buga PK 238+00	Se realizaron las actividades de pintura y cubierta. No se accedió al Interior.
---	---

Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, la visita realizada incluyó tramos distintos a los señalados por el Concesionario, en aras de determinar el estado general de la vía. De este modo, pudo confirmarse la situación de abandono que presenta la vía y demás elementos que forman parte de la concesión.

Dado lo anterior, vale la pena referirse a los aspectos más relevantes de cada visita, así:

TRAMO BUENAVENTURA – DAGUA	
Sector objeto de verificación	Observaciones
Estación de Buenaventura	- Se evidenciaron actividades de rocería. - Las bodegas para almacenamiento de materiales en tránsito o carga se encuentran completamente vacías. - No se encontró carga en tránsito de ningún tipo. - No se encontraron trenes operando en el sitio. - No hay ninguna locomotora ni soporte alguno que permita demostrar que en el sitio se realiza operación de la infraestructura entregada en concesión. - En el sitio no había personal trabajando en actividades de control de trenes. - No se encontró ningún personal administrativo ni de la tripulación. - La vegetación existente no permite la inspección visual de los elementos de la superestructura de la vía, como balasto, rieles, traviesas y elementos de fijación. Esta situación se presenta debido a las deficiencias en las actividades de mantenimiento del Concesionario. - Las instalaciones para tanqueo de máquinas, bodegas y cárcamos para mantenimiento de equipos se encuentran vacías y no evidencian ningún tipo de uso al momento de la inspección.
Tramo Sector el Piñal - El Sena	- La vía férrea no cumple las condiciones para ningún tipo de operación ferroviaria y no es posible evidenciar el estado de los materiales. Se presenta ausencia de las actividades mínimas de mantenimiento, como limpieza, rocería y deshierbe de la vía. - No se presenta ninguna perturbación a la propiedad. - No se encontró la señalización obligatoria para la circulación de trenes, de acuerdo con el Reglamento de Señalización expedido por FERROVIAS. - No hay elementos de señalización, barreras o sistema para operar los pasos a nivel El Piñal y El Sena, los cuales contractualmente deben ser operados de manera automatizada.
Inspección de vía y el puente El Piñal, Km 3+600	- Se evidencia el estado de abandono de las casetas del paso a nivel. - Se evidencia la falta de actividades de mantenimiento, rocería y limpieza, lo que impide la operación de vehículos férreos sobre la estructura, teniendo en cuenta que no son visibles los elementos constitutivos de vía.
Inspección de la vía, km 4 Paso a Nivel del Sena	- El paso a nivel 'El Sena' no se encuentra operativo, pese a que este paso a nivel debe estar en condiciones de uso sistematizado. - La caseta se encuentra completamente destruida y en estado de abandono.
Inspección de la vía, Km 6+800	- Pese a que un tercero generó la perturbación de la vía al construir un muro de gaviones recubierto con concreto dentro del corredor férreo para estabilizar el talud, no se evidencia ninguna actividad física adelantada por el Concesionario para restaurar las condiciones geométricas del paso en la vía; debe tenerse en cuenta que el Contrato de Concesión establece que el concesionario deberá atender estas situaciones, sin perjuicio de su posibilidad de repetir contra terceros. La afectación se presenta en aproximadamente 30 metros de longitud, en curva izquierda en sentido ascendente. - Las condiciones de suministro de balasto son insuficientes. - La revisión del sistema de proximidad del tren TAWS, evidencia que el sistema no se encuentra operativo, presenta deterioro y falla de mantenimiento y abandono (<i>Train Alert Warning System</i> - sistema de alerta de proximidad, instalado por el Concesionario para mejorar las condiciones de seguridad y convivencia con las comunidades vecinas de la infraestructura entregada en concesión).
Tramo Urbano Buenaventura	No se ha realizado la reposición del material da balasto en todo el tramo de Buenaventura km 3+400 al km 12+750.
Puente sobre la Quebrada el Venado Km 20	- En el sitio se evidencia la instalación de elementos para el cruce de peatones sobre la estructura metálica. - No se evidencian actividades de mantenimiento a las pinturas de protección

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

	anticorrosiva y decorativa. - Se presentan elementos en mal estado por deterioro y corrosión, nudos llenos de basura y elementos que propician la corrosión de los elementos metálicos.
Inspección de vía, Km 34	En Zaragoza se evidencia proliferación de invasiones sobre el corredor de seguridad de la vía, pérdida de balasto, saturación de la vía, traviesas de concreto desprovistas de balasto, sistema TAWS en estado de deterioro y acopios de materiales de construcción cerca al eje de la vía.
Inspección de vía, km 36	- En el sitio se encontró un derrumbe de material sobre la vía, lo que no permite ningún tipo de operación en el sector. - No se evidencian actividades por parte del Concesionario tendientes a superar este derrumbe que tiene obstruida aproximadamente 30m longitudinales de la vía. - Se observa la colmatación completa de material de balasto, traviesas completamente enterradas, falta de limpieza y/o sustitución de balasto y rocería. - Este sector se encuentra en abandono.
Inspección de vía, Km 38	- Sector en estado de abandono, saturada por material de arrastre, maleza, no es visible la superestructura de vía, se evidencian individuos arbóreos en el centro de la vía con crecimiento superior a un metro de altura. - Imposible circulación de cualquier vehículo ferroviario debido a que no se retira de la vía material producto de chorreaderos, derrumbes y otros. - Desde el km 38 con destino a Cali, las condiciones de "enmalezamiento", evidencian ausencia de actividades de mantenimiento como rocería, deshierbe, limpieza.
Inspección de vía, Km 52	- En la estación de Cisneros no se encontró personal trabajando. - En las líneas de servicio se evidencia nuevamente la falta de actividades mínimas de mantenimiento como rocería, deshierbe, riego de balasto, nivelación, retiro de derrumbes, lo anterior desatendiendo las obligaciones consignadas en el DAT-055, Manual de Mantenimiento. - Se evidenció la existencia de equipo rodante ubicado en los patios de la estación de Cisneros., los cuales se encuentran cubiertos por plantas que han crecido tanto a su alrededor como dentro de ellos, lo que puede propiciar su deterioro de estos equipos (corrosión). - Las condiciones de las vías férreas en la estación de Cisneros no permiten visibilidad sobre los elementos principales de vía, y no es posible la operación en este tramo en condiciones seguras bajo estas condiciones.
Inspección de vía, Km 64	- Pese a que el sitio 'La Chucula' fue intervenido en el año 2014, dentro de la atención de puntos críticos del convenio 614 de 2014, se evidencia que el Concesionario no ha realizado ninguna actividad de mantenimiento, por lo que las obras de drenaje transversal, consistentes en una celda de dos alcantarillas de Cajón de sección 2.0x2.0 cm, se encuentran completamente colmatadas. Así, el material de arrastre está sobre la vía férrea, impidiendo el paso de cualquier vehículo ferroviario. - Los canales de conducción de aguas lluvias se encuentran colmatados por falta de limpieza manual, la vía férrea está en condiciones no operativas y en campo no hay evidencia de actividad alguna realizada por Ferrocarril del Pacífico SAS.
Inspección de vía Km 79+070. Estación Dagua	- En el sitio las condiciones visibles de la vía evidencian una vez más deficiencias en las actividades de limpieza de vía, rocería, deshierbe y mantenimiento en general. - En la estación de Dagua, no hay personal de operación de trenes, Jefe de estación o personal alguno del Concesionario que permita establecer que en el sitio se presenta operación, mantenimiento, conservación o explotación de la Infraestructura concesionada.
Inspección de vía, Km 80	En el sitio se realizó la verificación del sistema de seguridad TAWS, constatando que el mismo se encuentra fuera de servicio y no evidencia mantenimiento.
Inspección de vía, Paso a nivel km 81+780	- La vía se encuentra completamente colmatada por material para el cruce de vehículos automotores, sin que se pueda evidenciar actividad alguna de mantenimiento en la zona o en los pasos a nivel en esta población. - El paso a nivel ubicado en el barrio Bellavista muestra el estado de abandono de la vía, sin que se haya realizado ninguna actividad de limpieza.

TRAMO DAGUA – YUMBO	
Sector objeto de verificación	Observaciones
Inspección vía, Estación Yumbo. Km	- Se evidencia ausencia de actividades de mantenimiento y conservación en los patios de la estación. - Si bien se ha realizado una rocería, esta no tiene el alcance que estipula el Manual

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

155+400	de Mantenimiento, además no se ha realizado el deshierbe. - La mayoría de las vías de servicio se encuentran enmalezadas y ocupadas con vehículos férreos lo que no permite verificar el estado de los componentes de la superestructura, rieles, balasto, traviesas y fijaciones. - Las vías en general requieren, mantenimiento de los cambiavías, descarte y depuración del balasto, así como actividades de ajuste de carrilera nivelación y alineación. - En el sitio se observan algunos materiales para actividades de mantenimiento tales como cunetas en concreto prefabricadas, secciones prefabricadas en concreto para la construcción de muros, guarda balasto, traviesas de concreto y de madera para puentes. Sin embargo, estos elementos se encuentran enmalezados.
Inspección de vía, Km 140+400, obras en ejecución	En el momento de la inspección se verifica el desarrollo de actividades constructivas para el restablecimiento del terraplén que falló por pérdida de la pantalla de contención, situación que mantiene la vía suspendida en el aire. Sin embargo, al momento de la inspección, esta obra no contaba con los Estudios, Diseños, Planos, Memorias de Cálculo y Cronograma de Obra para revisión y aprobación de la Interventoría, siendo obligación del Concesionario presentar por lo menos con 10 días antes del inicio de los trabajos, la respectiva documentación.
Inspección de vía, actividades de mantenimiento sector Estación Cali Km 171+000 - Estación Yumbo Km 155+400 Km	- Se verificó la ejecución de actividades adelantadas por el Concesionario de manera parcial entre la Estación Yumbo Km 155+400 y el sitio Km 140+400, tramo en el que fueron tratadas algunas transiciones en las curvas e instaladas fijaciones que habían sido hurtadas. - Se evidenció actividades de rocería a fin de posibilitar el tránsito de los trenes de trabajo para acometer las actividades constructivas en el Km 140+400.
Estado de la vía férrea en zonas aferentes al Puente sobre el Río Bolo Km 185+080	- El tramo de vía férrea en las zonas aferentes al Puente sobre el Río El Bolo, Km 184, 185, 186 y subsiguientes, se encuentra en estado de alta fragilidad al estar la vía prácticamente soportada sobre las traviesas de concreto que fueran colocadas en el proceso de rehabilitación intercaladamente con traviesas de madera, las cuales actualmente ya han desaparecido por deterioro. No obstante, la obligación contractual del Concesionario es la de hacer el recambio de las traviesas de madera por concreto a medida que la madera se vaya deteriorando. - El mal estado de la vía denota claramente la ausencia de mantenimiento y conservación en este sector. - Se advierte una considerable cantidad de traviesas de concreto regadas en ambos lados de la vía. - El puente sobre el Río El Bolo está en proceso de deterioro al continuar torsionándose la viga inferior longitudinal derecha, sentido creciente del abscisado férreo, presentándose acumulación de palizada en el estribo afectado.
Estado de la vía, tramo Yumbo Km 155+400 - Cali; Km 171+000	- Este sector se encuentra en ausencia de actividades de mantenimiento. - En muchos sectores la vía se encuentra invadida al ser utilizada como parqueadero por vehículos automotores y otro tipo de utilidades no autorizadas del corredor férreo, Km 160 y subsiguientes. - En los sectores calle 70 Km 166+790 - Estación Cali Km 170, la vía se encuentra en condiciones aceptables de limpieza. Sin embargo, el sector requiere actividades de ajuste, riego de balasto, nivelación y alineación.

TRAMO YUMBO - ZARZAL - TEBADA y ZARAGOZA	
Sector objeto de verificación	Observaciones
Estado de la vía férrea Km 216+870	- El estado de la vía bajo el paso elevado carretable Rozo - Carrito y zonas aferentes a esta sitio, se encuentra en ausencia total de actividades de mantenimiento como limpieza, rocería, descarte y actividades de nivelación y alineación.
Estado puente Guabas Km 219+676	- Los accesos a la estructura se encuentran en condiciones de alto riesgo para la operación férrea por enmalezamiento de la vía en sus accesos y el mal estado de los elementos que conforma la superestructura férrea. - Las traviesas en el puente se encuentran totalmente deterioradas. - Los elementos que conforman la estructura metálica del puente presentan deterioro por falta de mantenimiento y aplicación de anticorrosivo y pintura.
Estado Puente Guadalajara Km	- El puente sobre el río Guadalajara, al igual que la totalidad de las estructuras existentes en la Concesión, registran un avanzado estado de deterioro en cuanto a las

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

237+990 y vía férrea estación Buga Km 238+400	zonas de aproximación a los mismos, en el tendido de la madera, así como en los elementos que conforman la estructura metálica por ausencia de mantenimiento y pintura. - La condición de la vía férrea se encuentra en ausencia total de mantenimiento. - A la altura del Km 237+680 paso a nivel calle 1 Buga, la vía se encuentra totalmente invadida por el material producto de la obra autorizada en ejecución.
Estado de la vía en los patios de la Estación Zarzal 301+400	- Los patios de esta estación al Igual que en la mayoría de las estaciones concesionadas, registran ausencia de mantenimiento y conservación al encontrarse enmalezadas y en ausencia total de actividades de mantenimiento. - En los patios hay una considerable cantidad de traviesas de concreto totalmente enmalezadas posibilitando el deterioro de las fijaciones.
Estado de la vía en los alrededores de Zaragoza Km 336+700	- Este tramo –en lo que fue posible verificar dada la altura de la maleza y las condiciones inseguras y riesgosas de la vía–, se evidencia en abandono. - A lo largo del corredor existen escaleras y arrumes de traviesas de concreto, algunas de ellas extendidas y con cultivos de maíz sobre las mismas. - A la altura del Km 335 se verificaron tres desbanques, encontrándose la vía suspendida en el aire al desaparecer la plataforma férrea.
Estado del puente Obando Km 325+408 y la vía férrea en sus alrededores	- A partir del Km 325+000 hasta el puente Obando Km 325+408 la vía férrea se encuentra en condiciones de limpieza aceptables. Ello obedece a que terceros utilizan el corredor como zona de explotación agrícola en la producción de maíz y, luego de su recolección, procesan el follaje de las matas para luego alimentar semovientes. - El puente está en avanzado estado de deterioro en cuanto al tendido de las traviesas, sus accesos y la estructura metálica corroída ante la ausencia total de actividades de mantenimiento y pintura.
Estado del puente La Vieja Km 329+380	- Este puente, al igual que la mayoría de los concesionados, presenta avanzado deterioro en cuanto a los accesos, tendido de traviesas y condición de los elementos metálicos que lo conforma ante la ausencia total de mantenimiento.

Las anteriores apreciaciones son claramente observables en las videograbaciones allegadas a este Despacho.²⁹ Solo a manera de ejemplo se destacan, especialmente, las siguientes: en el trayecto Buenaventura – Dagua, no hay ninguna duda del estado de abandono y deterioro en el cual se encuentran las estaciones de Buenaventura³⁰ y de Dagua,³¹ carentes de personal y de cualquier actividad que demuestre que se realizan operaciones en las zonas, así como la caseta de control del paso nivel en el sector El Piñal;³² la vía férrea, cubierta de pasto y maleza, lo que impide la operación vehicular;³³ el Km 34 de la vía, que presenta material de construcción muy cerca al eje de aquella e invasiones sobre el corredor de seguridad de la vía, lo cual da cuenta de la ausencia total del Concesionario en la zona;³⁴ el Km 38 de la vía, completamente descuidado y en deplorables condiciones, las cuales imposibilitan el tránsito de cualquier vehículo por la zona;³⁵ el corredor férreo ubicado a unos pocos metros de la Estación Triana, el cual se encuentra en condiciones de absoluta desatención;³⁶ el paso a nivel del barrio Bellavista, cerca de la estación de Dagua, cuya vía es difícil de visualizar debido a que la misma se encuentra prácticamente sepultada.³⁷

29 Las videograbaciones fueron allegadas por la Supervisión del Proyecto mediante radicado ANI No. 2020-307-001408-3 de 17 de enero de 2020 y corresponden a los siguientes trayectos: i) Buenaventura - Dagua; ii) Cali - Yumbo - Palmira; iii) Palmira - Zarzal - La Tebaida.

30 Pueden verse desde el inicio y hasta el minuto 06:20 las imágenes de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

31 Puede verse desde el minuto 27:18 hasta el minuto 27:33 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

32 Puede verse minuto 07:34 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

33 Puede verse minuto 07:38 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

34 Puede verse desde el minuto 12:05 hasta el minuto 13:53 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

35 Puede verse desde el minuto 14:22 hasta el minuto 16:40 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

36 Puede verse desde el minuto 18:35 hasta el minuto 18:45 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

37 Puede verse desde el minuto 29:10 hasta el minuto 29:46 de la videograbación “Buenaventura - Dagua”.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

En el trayecto Cali -Yumbo - Palmira la vía férrea también está enmalezada;³⁸ el paso a nivel del Km 165 de la vía se encuentra en pésimas condiciones de señalización y seguridad;³⁹ en la ciudad de Cali, específicamente en el Km 166+800, se evidencia que el paso a nivel y el corredor férreo están deteriorados y no cuentan con la debida señalización;⁴⁰ igualmente, en el Km 172 se observa que el corredor férreo está siendo utilizado para estacionar camiones y otros vehículos, lo que demuestra la falta de operación de los trenes y el descuido de la infraestructura.⁴¹

Finalmente, en el trayecto entre Palmira - Zarzal - La Tebaida, se evidencia el estado de total abandono y descuido del corredor férreo, obstruido con maleza y plantas, lo que imposibilita el paso de cualquier vehículo.⁴² Igualmente, se observa que en Buga, específicamente, en el Km 237+ 680, la vía se encuentra irrupida con material de obra⁴³ y, entre Buga y Tuluá, las condiciones del corredor vial permiten advertir la ausencia de mantenimiento.⁴⁴ Asimismo, la estación Zarzal se encuentra en estado de abandono y sin evidencia de operación alguna;⁴⁵ y qué decir del puente sobre el río La Vieja, en donde se observa claramente el estado de desatención y deterioro de dicho puente.⁴⁶

Por consiguiente, no queda ninguna duda del notorio estado de abandono y deterioro que presenta la vía férrea —vía principal y vías de servicio—, la plataforma, la superestructura (travesas, rieles, fijaciones, balastro) y demás elementos que conforman la infraestructura concesionada. Ello, a todas luces, demuestra ausencia del Concesionario y falta de un mantenimiento adecuado, continuo y permanente de la infraestructura concesionada, así como la imposibilidad de garantizar la perfecta funcionalidad de las vías e instalaciones de la infraestructura en cuestión.

Ahora bien, en relación con las revisiones del equipo férreo, es preciso hacer un pronunciamiento puntual sobre el estado de dichas obligaciones a cargo del Concesionario.

Antes que todo, es necesario reiterar lo ya señalado en la Resolución recurrida respecto de las consideraciones del Concesionario sobre las AAR “Association of American Railroads” – “Safety and Operations” (AAR), toda vez que este último afirma rotundamente que, según la legislación ferroviaria colombiana, estas son las normas aplicables a efectos de determinar los estándares mínimos de revisión y mantenimiento del equipo ferroviario tractivo. Sin embargo, tal como se señaló en la Resolución 1685 de 2019:

“no es clara la razón por la cual el Concesionario afirma que los estándares mínimos a los cuales se aludió en este mismo apartado, previstos en el Anexo 4, el cual forma parte del Contrato de Concesión, se encuentran supeditados a lo dispuesto por el Plan de Mantenimiento y a las normas americanas de mantenimientos establecidas por la AAR “Association of American Railroads”-“Safety and Operations” “Manual of Standards and Recommended Practices”. Pues lo cierto es que el documento citado por FDP (AAR) no forma parte del Contrato de Concesión 09-CONP-98 y tampoco fue posteriormente definido por las Partes como un elemento necesario para establecer cuándo procede la revisión y mantenimiento del equipo ferroviario. Por tanto, el manual en mención no constituye un criterio definitorio para el cumplimiento de dicho fin.”⁴⁷

En cambio, al hilo de lo expuesto, las Partes sí pactaron contractualmente la obligación de “[a]segurar que el mantenimiento de los equipos de transporte se realice conforme a lo exigido por los reglamentos que al efecto expida EL CONCESIONARIO, y a lo indicado en los manuales y procedimientos adoptados,

38 Puede verse desde el minuto 23:32 hasta el minuto 24:07 de la videograbación “Cali - Yumbo - Palmira”.

39 Puede verse desde el minuto 27:05 hasta el minuto 28:37 de la videograbación “Cali - Yumbo - Palmira”.

40 Puede verse desde el minuto 29:15 hasta el minuto 29:50 de la videograbación “Cali - Yumbo - Palmira”.

41 Puede verse desde el minuto 30:38 hasta el minuto 31:25 de la videograbación “Cali - Yumbo - Palmira”.

42 Puede verse desde el inicio y hasta el minuto 02:40 de la videograbación “Palmira - Zarzal - La Tebaida”.

43 Puede verse desde el minuto 03:39 hasta el minuto 04:46 de la videograbación “Palmira - Zarzal - La Tebaida”.

44 Puede verse desde el minuto 07:00 hasta el minuto 07:53 de la videograbación “Palmira - Zarzal - La Tebaida”.

45 Puede verse desde el minuto 07:55 hasta el minuto 08:43 de la videograbación “Palmira - Zarzal - La Tebaida”.

46 Puede verse desde el minuto 14:15 hasta el minuto 15:04 de la videograbación “Palmira - Zarzal - La Tebaida”.

47 Véase pág. 59 de la Resolución recurrida.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98’”

respetando las secuencias de las intervenciones periódicas y las consistencias de dichas intervenciones.” (Cláusula 41.4).

Lo anterior, a la luz de las finalidades propias del Contrato de Concesión contenidas en la 2ª cláusula del mismo, consistentes, entre otras cosas, en aumentar la eficiencia en la operación de proyectos y servicios ferroviarios, asegurando su mejoramiento y ampliación. De hecho, las finalidades a las que se refiere el Contrato, “deberán tenerse en cuenta para la adecuada comprensión en interpretación del contrato de concesión, especialmente en lo que concierne a sus reglas y condiciones, así como para determinar el alcance de los derechos y obligaciones que el mismo atribuye a las partes”. (Subrayado fuera de texto).

Pese a lo dicho, el Concesionario tampoco aludió a dicha obligación, ni se refirió al reglamento que debió haber expedido, y que en efecto expidió, de conformidad con la cláusula 41.4 previamente citada, limitándose a manifestar que sus actividades de revisión se ciñen a lo contemplado por las normas americanas de mantenimientos establecidas por la AAR “Association of American Railroads” y al “Plan de Mantenimiento de Equipo Férreo Año 2019” que anexó. Dicho plan constituye un documento declarativo de FDP que contiene la proyección de actividades que el Concesionario se ha propuesto implementar. En consecuencia, nuevamente es menester insistir en la falta de fuerza vinculante de los documentos citados por el Concesionario y, por tanto, en la necesidad de acudir a las verdaderas fuentes obligacionales en el caso en estudio.

En ese orden de ideas, como se comentó previamente, en el Contrato de Concesión las Partes previeron la obligación del Concesionario de expedir un reglamento capaz de regular todo aspecto relacionado con el mantenimiento de los equipos de transporte y, por ende, de actuar de conformidad. Por tal razón, en el año 2013, FDP expidió el denominado Plan de Normalización, el cual, a la fecha no ha sido actualizado.

Por consiguiente, en aras de establecer si el Concesionario ha cumplido las obligaciones relacionadas con la implementación y realización de las labores requeridas para garantizar el buen estado del equipo tractivo y rodante, resulta indispensable analizar, a la luz de las exigencias propias del citado Plan de Normalización, las actividades que él mismo manifestó haber ejecutado. De este modo, conviene traer a colación la prueba, varias veces citada, decretada de oficio mediante Auto de 5 de diciembre de 2019, esto es, la videograbación y el informe sobre el estado de la vía cargo de la Supervisión del Proyecto.

Como se indicó, el Concesionario manifestó que ha venido efectuando ciertas revisiones sobre el equipo concesionado, para lo cual, al momento de sustentar el recurso, aportó una serie de fichas técnicas⁴⁸ y el “Informe diario de actividades de mantenimiento de equipo férreo año 2019”, con el fin de dar cuenta de los mantenimientos realizados. Sin embargo, en la visita efectuada se advirtieron inconsistencias entre las afirmaciones del Concesionario y la realidad de los hechos, tal como se señala a continuación.

Aunque el Concesionario afirma que los vehículos de la plataforma ubicados en la estación Buenaventura están en buen estado, fue posible observar que los vehículos en patios se encuentran no operativos, abandonados, enmalezados y sin mantenimiento. Ahora bien, es de aclarar que al respecto, FDP en ningún momento le entregó a la Interventoría, para su aprobación, soportes técnicos diligenciados, ni registros mediante los cuales fuera posible validar el funcionamiento de los vehículos y, en ese sentido, la entrega extemporánea de documentos no le permite a esta última realizar un seguimiento adecuado de las intervenciones, así como tampoco le permite llevar a cabo la validación técnica de los trabajos reportados.

De igual manera, otros vehículos se encuentran en estado de abandono, sin mantenimiento, enmalezados y no operativos, tal como se describe a continuación:

- Los vehículos tolvas balasteras en Buenaventura y Cisneros se encuentran deteriorados.
- De los vehículos ubicados en Yumbo no se encontraron tolvas balasteras, como lo afirmó FDP en el recurso, y el único vehículo operativo corresponde al tren de trabajo.
- Ninguno de los carros caja ubicados en el taller de Palmira puede considerarse operativo. En efecto, en la visita se observó que los equipos se encuentran almacenados y en evidente abandono de mantenimiento.

48 Las fichas de inspección allegadas por el Concesionario se identifican así: “010919 LOC 1001 FICHA INSPECCION 12000 KM”, de enero de 2018; “050719 LOCO 1207 FICHA INSPECCION CORRECCION DAÑO”, de julio de 2019; “061119 CM 179 FICHA DE INSPECCION GENERAL”, de noviembre de 2019; “100219 LOCO 1823 FICHA INSPECCION REVISION GENERAL VIAJE”, de febrero de 2019; “100219 LOCO 1824 FICHA INSPECCION REVISION GENERAL VIAJE”, de febrero de 2019; “101119 CM 180 FICHA INSPECCION GENERAL”, de noviembre de 2019; “101119 LOCO 1204 FICHA INSPECCION 2000 KM”, de noviembre de 2019; “101119 LOCO 1204 FICHA INSPECCION 2000 KM”, de noviembre de 2019; “101119 RETRO KAT416C FICHA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO”, de noviembre de 2019; “150119 LOC 1203 FICHA DE INSPECCION 12000 KM”, de enero de 2018; “170219 LOC 1003 FICHA DE INSPECCION 2000 KM”, de febrero de 2019; “170219 LOCO 1008 FICHA INSPECCION 2000 KM”, de febrero de 2019; “201119 LOC 1003 FICHA DE INSPECCION 2000KM”, de noviembre de 2019; “220719 LOCO 1203 FICHA INSPECCION 2000 KM”, de julio de 2019; “240719 LOC 1003 FICHA DE INSPECCION 2000 KM”, de julio de 2019; “300719 LOCO 1204 FICHA INSPECCION 2000 KM”, de julio de 2019.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Adicionalmente, el Concesionario no presentó los registros de las verificaciones que afirma haber realizado en el recurso de reposición.

- Se encontraron 3 tolvas de volteo en Cisneros en estado no operativo y ausencia de mantenimiento.
- Se encontró una tolva de volteo en Yumbo en funcionamiento, lo cual fue señalado por el Concesionario en el recurso de reposición.

Sobre los carromotores también se advirtieron varias incongruencias entre las afirmaciones que el Concesionario dejó de presente en el recurso de reposición y lo observado en la visita realizada. Por ejemplo, el carromotor identificado con el número de vía 616, se encuentra no operativo, pese a que FDP afirma que se encuentra operativo. Asimismo, el carromotor 607 está fuera de operación en Buenaventura; el carromotor 541 está fuera de operación en el taller de Palmira, pero contrario a la afirmación de FDP, no se adelantan a su favor labores de repotenciación. El carromotor 618 no se registró en el taller de Palmira; el carromotor 623, contrario a lo expresado por FDP, no es utilizado por la Interventoría, tampoco se encuentra bajo su titularidad y no se encontró en Dagua. De hecho, de conformidad con los registros de la Interventoría, el carromotor 623 estuvo a cargo de anteriores interventorías, pero luego se transfirió por la ANI al sector de Rehabilitación de Obra a cargo de Tren de Occidente, en donde se encuentra operativo.

Finalmente, los carromotores 179 y 180 sí se encuentran operativos, acorde con las afirmaciones del Concesionario.

Es de mencionar que la Supervisión del Proyecto, con apoyo de la Interventoría, realizó inspecciones adicionales a las referidas por el Concesionario en la sustentación de su recurso y, con base en el Plan de Mantenimiento de Material Rodante, allegado en su oportunidad por el Concesionario mediante el citado Plan de Normalización de 2013, específicamente en lo relativo a las obligaciones de mantenimiento de los equipos, se encontraron los siguientes hallazgos:

KM 155 ESTACIÓN YUMBO	
Objeto de verificación	Observaciones
Locomotoras	- La locomotora 1003 se observa encendida y efectuó desplazamiento del tren de trabajo. - La locomotora 1204 se observa encendida y efectuó desplazamiento. - La locomotora 1203 se observa encendida, sin desplazamiento, suministrando aire a la grúa 14. No encendidas: - La locomotora 1004 se encuentra no operativa y no se observan trabajos de mantenimiento. - La locomotora 1007 se encuentra no operativa y no se observan trabajos de mantenimiento. - Respecto de la locomotora 1008 no pudo corroborarse el encendido. - Las locomotoras 1824, 1823 y 1202 se encuentran no operativas, no pudieron ser encendidas.
Carromotores	- El carromotor no concesionado 602 en custodia del Concesionario, se observa con desmantelamiento de algunos de sus elementos, como la banca de personal de cuadrilla y las tapas del motor Diesel. Además, no pudo ser encendido. - El carromotor 179 concesionado fue encendido y se observa operativo. - El carromotor 180 opera con la cuadrilla y desplazó a la comisión entre el km140 y la estación Yumbo km155.
Vehículos remolcados	Estos vehículos se encuentran almacenados y, dada su ubicación y estado, parece que no han sido objeto de revisión. Salvo por las siguientes excepciones: - La plataforma 16554 se encuentra preparada para movimiento de materiales. - La camabaja 46411, la tolva de volteo 74012 y la plataforma 16001 que conforman el tren de trabajo.

Km 171 Instalaciones de oficinas y Centro de Control de Operaciones Bodega calle 26
- En el Centro de Control de Operaciones se obtuvo la información de operación, y se logró verificar que los recientes movimientos solo corresponden a los carromotores y trenes de trabajo que circulan entre el km 155 estación de Yumbo y el km 140, en donde el Concesionario se encuentra trabajando para reestablecer el paso provisional por la pérdida de banca allí presentada. - No hay registros de carga comercial de trenes. Por tanto, no se presta el servicio público de carga.

Km 196 Instalaciones del taller en Palmira
- El taller no cuenta con fluido eléctrico, lo cual impidió identificar con exactitud los equipos

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

- almacenados.
- El taller no cuenta con personal de trabajo realizando labores de mantenimiento respecto de los vehículos que se encuentran en el taller.
 - Se observan vehículos locomotores y remolcados estacionados en los patios del taller, así como equipos especiales (una grúa Orton, una grúa identificada con el número de vía 7774, una dresina de control, una bateadora menor).

Intervenciones en la vía y sectores sin operación	
km239+300	Se registraron labores adelantadas por terceros para la generación de un paso a nivel en el predio denominado “Finca”. Sin embargo, se desconoce la autorización impartida para la construcción de dicho paso a nivel. Además, no se observa seguimiento por parte del Concesionario ni tampoco presencia de personal en el sitio.
km172 zona urbana de Cali	Se evidencia que el corredor férreo está siendo utilizado para el parqueo de camiones y almacenamiento de materiales. Ello denota la falta de operación total más allá del sitio Bodega Calle 26 km 171.
km237+680 zona urbana de Buga	- Se observa que en el sitio para realizar trabajos de intervención e instalación de tubería de alcantarillado, no hay presencia del Concesionario. - Se observa la carrilera contaminada con material.

En lo que se refiere al estado de la señalización de la red concesionada, a efectos de determinar el estado de la infraestructura en relación con el control de tráfico y la protección de los trenes al cruzar por los respectivos pasos a nivel, se pudo evidenciar ausencia de mantenimiento por parte del Concesionario, lo que impide operar en condiciones de seguridad.

En ese sentido, se observó que los pasos a nivel inspeccionados en Buenaventura (Puente El Piñal km3+880 y El Sena km5+080) cuentan con señalización automatizada, sin embargo, carecen de mantenimiento, por lo que en la actualidad se encuentran en estado de deterioro. Asimismo, en los dos puntos, las casetas dispuestas para la ubicación del operador de las barreras, se encuentran destruidas y el poste de transmisión de entrada al paso del km3+880 está a punto de caer.

Igualmente, cabe mencionar otros puntos en los que el estado de señalización es deficiente. Por ejemplo: a) el sector Yumbo km155 a Cali km166; b) el sector urbano de Buga (Km 237+680 calle 1), en donde la señalización vertical y la caseta se encuentran destruidas; c) el sector urbano de Cali (Km166+800) en donde se observó que la señalización automática se encuentra vandalizada en su mayor parte, debido a que los elementos electrónicos han sido removidos, los sistemas se encuentran inactivos y en claro abandono de mantenimiento, además, no cuenta con operario y la caseta para aquél se encuentra sellada.

En suma, las actividades descritas por el Concesionario en las fichas técnicas aportadas, así como en el “Informe diario de actividades de mantenimiento de equipo férreo año 2019”, documentos aportados para acreditar el cumplimiento de los deberes a su cargo, no solo carecen de congruencia en relación con lo que se pudo evidenciar directamente en el sitio, sino que, asumiendo que sí corresponden exactamente a la realidad de los hechos, dichas actividades resultan insuficientes tratándose de la garantía de la operación y explotación de la vía. Ello obedece a que la revisión del equipo férreo debe conducir a la prestación del servicio en óptimas condiciones, esto es, en términos de eficiencia, seguridad, permanencia y continuidad. Sin embargo, a la fecha, ello no ha tenido lugar, pues a pesar de que el Concesionario manifiesta que ha realizado actividades de mantenimiento del equipo tractivo y rodante, algunas de las cuales sí pudieron comprobarse, lo cierto es que con ocasión de todo el acervo probatorio que obra en el expediente, incluyendo la visita al corredor férreo y la videograbación llevada a cabo por la Interventoría y la Supervisión, quedó demostrado que dicho mantenimiento es insuficiente para la finalidad perseguida contractualmente. En efecto, solo se llevó a cabo sobre 14 vehículos de los 175 equipos registrados, aproximadamente. En otras palabras, el mantenimiento solo se ha realizado sobre el 8% del parque concesionado.

Cabe agregar que las fichas allegadas por el Concesionario no se encuentran validadas ni por la Supervisión del Contrato, ni por la Interventoría. De hecho, solo cuentan con el visto bueno del encargado del taller o de la firma del jefe de mantenimiento, de un ingeniero o del jefe de estación. Además, dichas fichas datan únicamente de algunos meses del año 2019 (a excepción de una de ellas que tiene fecha de enero de 2018), pese a que el presunto incumplimiento objeto del presente procedimiento sancionatorio administrativo, tuvo lugar mucho tiempo atrás, esto es, desde el día 7 de abril de 2017, fecha a partir de la cual la Supervisión del Contrato y la Interventoría advirtieron la suspensión de todas las actividades de conservación, mantenimiento, operación y explotación de la red concesionada, dando lugar a la parálisis del contrato.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Por tanto, puede concluirse que el Concesionario no ha cumplido las obligaciones relacionadas con la revisión del equipo férreo en términos de permanencia y continuidad o, al menos, no acreditó su cumplimiento, siquiera, sumariamente. En cambio, mediante la videograbación llevada a cabo en los sectores mencionados, se evidenció el estado de deterioro y abandono de los equipos concesionados debido a la falta de mantenimiento por parte del Concesionario. En ese sentido, vale la pena reiterar que, por ejemplo, el equipo rodante en la estación de Cisneros se encuentra cubierto de maleza y de muchas plantas cuyo crecimiento alrededor y dentro de los vehículos no solo evidencia la falta de operación de todo el equipo y la ausencia de mantenimiento de aquel sino que, adicionalmente, encontrarlo en esas condiciones permite advertir que tal abandono propicia su deterioro y corrosión.⁴⁹ Del mismo modo, vale la pena traer a colación, nuevamente, que aunque durante el recorrido entre Cali-Yumbo-Palmira, se evidenció que la máquina reguladora de balasto sí enciende,⁵⁰ así como lo hacen las locomotoras 1003, 1203 y 1204, esta última sin desplazamiento,⁵¹ también se encontró que las locomotoras 1004, 1007 y 1008, contrario a lo sucedido con las anteriores, no pudieron ser encendidas y que los vehículos tractivos de la zona se encuentran estacionados sin aparente operación.⁵²

Así las cosas, se recalca, la finalidad de las obligaciones referidas no es otra que conducir a la prestación del servicio en condiciones de eficiencia y seguridad, pero la falta de implementación de las actividades referidas (mantenimiento de los equipos férreos) impide alcanzar dicha pretensión.

Pese a todo lo anteriormente expuesto, el Concesionario, al descorrer el traslado de la prueba allegada por la Supervisión del Contrato en las dos oportunidades que le fueron otorgadas para el efecto, solicitó que se complementara la videograbación, en el sentido de abarcar la totalidad de la red férrea entregada en concesión, toda vez que consideró insuficiente que la prueba se practicara solo durante dos días y en ciertos puntos de la red concesionada; sobre todo, teniendo en cuenta que la Interventoría, en virtud de las visitas puntuales que hizo, concluyó que el 91% de la red férrea se encuentra en estado de abandono. Igualmente, el Concesionario solicitó que se aclare y complemente el informe que acompaña la videograbación, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de la infraestructura concesionada. En consecuencia, para la realización de la diligencia, pidió que se le permitiera asistir a la práctica de la prueba, pues manifestó que ese derecho le fue cercenado cuando se realizó la videograbación en mención, afectando de nulidad la práctica de la prueba al ser violatoria del derecho al debido proceso, de acceso a la práctica de la prueba y de defensa.

Igualmente, el Concesionario al descorrer el traslado de la prueba en cuestión, se opuso a la visita al taller de Palmira realizada por la Interventoría y la Supervisión del Contrato de Concesión, teniendo en cuenta que aquella se practicó en horas de la noche. Al respecto, el Concesionario textualmente manifestó que:

“Finalmente, llama la atención de la sociedad Concesionaria que se haya realizado una videograbación de la estación “Taller de Palmira” en horas de la noche, por fuera de los horarios permitidos de ingreso a dicho taller sin la autorización dada por la Gerencia y no se haya realizado la videograbación ordenada durante el día, como si se buscara demostrar un supuesto abandono de dichas instalaciones, las que por la hora no fue posible que se registraran en la videograbación de manera adecuada y que permitiera tener la videograbación del estado real de la estación, de la cual comparto el acceso que registra el estado de la misma que permite evidenciar que no se encuentra abandonada.”⁵³

Del mismo modo, el Concesionario se opuso a todas las declaraciones que constan en el video, realizadas por funcionarios de FDP y por los habitantes de algunas de las zonas visitadas, en tanto que la prueba decretada no incluía la recepción de testimonio alguno.

En ese sentido, es preciso señalar que, aunque durante la visita al taller de Palmira se evidenció la falta de fluido eléctrico, se hará caso omiso de las observaciones realizadas por la Supervisión y por la Interventoría del Contrato en cuanto al funcionamiento de la misma, teniendo en cuenta la hora de la visita (seguramente después del horario laboral). Sin embargo, es de aclarar que lo dicho no obedece a la afirmación del Concesionario en su escrito, quien parece que no parte de la buena fe de la Supervisión y de la Interventoría cuando afirma que estos últimos actuaron así para demostrar un supuesto abandono de las instalaciones, pues tal como se puede advertir a partir del video allegado, la diligencia se realizó durante

49 Puede verse desde el minuto 21:00 hasta el minuto 24:18 de la videograbación “Buenaventura – Dagua”.

50 Puede verse desde el minuto 01:25 hasta el minuto 05:03 de la videograbación “Cali – Yumbo – Palmira”.

51 Puede verse desde el minuto 06:23 hasta el minuto 13:40 de la videograbación “Cali – Yumbo – Palmira”.

52 Puede verse desde el minuto 18:28 hasta el minuto 20:11 de la videograbación “Cali – Yumbo – Palmira”.

53 Puede verse el memorial describiendo traslado del Auto de 11 de febrero de 2020, p. 6.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

todo el día y culminó precisamente en la estación de Palmira, en horas de la tarde, ya cuando estaba oscureciendo.

Asimismo, se hará caso omiso de las declaraciones realizadas por los trabajadores del Concesionario y de los lugareños de las zonas, en la medida que, tal como lo expresó el Concesionario en el documento a través del cual describió el traslado de la prueba en cuestión, mediante esta última no se decretó la práctica de testimonio alguno. Por ende, se resalta entonces, los anteriores aspectos no serán tenidos en cuenta a efectos de motivar el presente acto administrativo.

De otra parte, el Concesionario también solicitó en el escrito en comento, que el informe fuera complementado en el sentido de incluir el estudio técnico correspondiente para que, entre otras cosas, se pueda concluir, realmente, que “[l]a infraestructura concesionada presenta deterioro, debido a la falta de mantenimiento e intervención por parte del Concesionario” y que las actividades desplegadas por el Concesionario no le permiten prestar el servicio ferroviario de carga. Ello, en tanto que FDP considera que dichas afirmaciones, contenidas en el informe que acompaña la videograbación, son meras afirmaciones subjetivas emanadas de la Interventoría y de la Supervisión del Contrato.

A efectos de abordar lo expresado por el Concesionario sobre la práctica de la prueba relacionada con la videograbación y el informe que la acompaña, resulta necesario indicar, en primer lugar, que el artículo 165 CGP alude a la libertad probatoria, al indicar que “el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”. Por ende, podrán decretarse las pruebas que se consideren pertinentes, conducentes y útiles, con independencia de la nominación dada a cada una de ellas.

De este modo, en virtud de los conocimientos que ostenta la Interventoría y las responsabilidades que conlleva el ejercicio de su actividad, en este caso se consideró necesario decretar la prueba en cuestión como medio idóneo para llevar al convencimiento de este Despacho sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario; ello, en conjunto con el análisis de todas las pruebas que forman parte del expediente.

En este orden de ideas, es menester indicar que se equivoca el recurrente cuando manifiesta que las afirmaciones de la Interventoría y del Supervisor del Contrato emanan de percepciones o conclusiones subjetivas y que, en consecuencia, es necesario complementar sus informes con estudios y valoraciones técnicas adicionales al respecto.

En efecto, es del caso recordar que, precisamente, la Supervisión y la Interventoría cumplen un rol esencial para, entre otras cosas, vigilar la correcta ejecución del objeto contractual. De este modo, cuentan con las herramientas y conocimientos necesarios para desplegar las actividades a su cargo.

Específicamente, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, dispone que:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. (...) Subrayado fuera de texto.

Asimismo, el artículo 84 de la ley en mención, señala que:

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente (...).” Subrayado fuera de texto.

Conforme a lo anterior, no hay ninguna duda de que el interventor es un colaborador necesario para alcanzar los fines del Estado, es decir, no es una contraparte, ni mucho menos, se encuentra parcializado. De hecho, la interventoría se encarga de realizar un seguimiento técnico del correspondiente contrato, por lo cual es quien tiene un conocimiento especializado sobre la materia. Así las cosas, cuenta con la idoneidad requerida para ejercer su labor de manera estricta.

En ese sentido, puede concluirse que la Supervisión y la Interventoría del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 son, precisamente, quienes cuentan con los conocimientos técnicos y especializados que se requieren para dar cuenta del cumplimiento o incumplimiento del objeto contractual. De tal modo que lo dicho por el Concesionario no tiene asidero alguno y, en ese orden de ideas, no procede la solicitud en los términos anteriormente referidos.

Sumado a lo anterior, es imperioso dejar por sentado que la práctica de la prueba no se encuentra viciada de nulidad, como lo quiere hacer ver el Concesionario, toda vez que la misma fue ordenada por este Despacho mediante Auto de 5 de diciembre de 2019, el cual fue oportuna y debidamente notificado a los interesados, esto es, a la Supervisión del Proyecto, a la Interventoría y, evidentemente, al Concesionario, por los medios autorizados para ello. Por tanto, no hay ninguna duda de que el Concesionario sabía perfectamente que se realizaría una videograbación sobre la vía concesionada. Asimismo, el Concesionario conocía perfectamente la finalidad de la prueba y el periodo de tiempo en el cual esta sería practicada, tal como se concluye de los siguientes apartados del citado Auto:

“... el área de Supervisión, con el apoyo de la Interventoría, deberá acompañar dicha videograbación con un informe actualizado mediante el cual se pronuncie sobre la visita efectuada en relación con el estado de cumplimiento del Concesionario de las obligaciones a su cargo presuntamente incumplidas y, especialmente, teniendo en cuenta la documentación aportada por el Concesionario en el recurso de reposición y el contenido del mismo.

(...)

La Supervisión contará con el término de diez (10) días hábiles a partir de la notificación del presente Auto, para presentar ante este Despacho la videograbación correspondiente junto con el respectivo informe actualizado en el que se pronuncie sobre la visita efectuada, e indique expresamente si las obligaciones relacionadas con la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998 del Proyecto Red Férrea del Pacífico, fueron efectivamente cumplidas por el Concesionario.” (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, se insiste, el Concesionario sabía perfectamente que el objeto de la prueba era establecer el estado de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, teniendo en cuenta, especialmente, la documentación aportada por él mismo en el recurso de reposición y el contenido del mismo, esto es, sus afirmaciones y las pruebas documentales aportadas. Razón por la cual la Supervisión y la Interventoría del Proyecto visitaron, especialmente, los puntos señalados por el Concesionario en su recurso de reposición, en cumplimiento de lo resuelto mediante el Auto señalado.

Igualmente, el Concesionario sabía que la prueba se realizaría durante los días siguientes al jueves 5 de diciembre de 2019, en consideración al término de 10 días hábiles concedidos a partir de la notificación del respectivo Auto a efectos de que la Supervisión allegara tanto la videograbación como el informe que debía acompañarla, tal como sucedió. De hecho, la prueba se practicó durante 3 días (y no 2 días, como lo afirma incorrectamente el Concesionario), tanto en los sitios citados por el Concesionario en el recurso de reposición, como en otros sitios del corredor férreo, así: el martes 10 de diciembre el recorrido se realizó entre Buenaventura y Dagua; el miércoles 11 de diciembre el recorrido se realizó entre Cali - Yumbo -

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Palmira; el jueves 12 de diciembre el recorrido se realizó entre Palmira - Zarzal - La Tebaida. Por tanto, se insiste, era indiscutible que la prueba se practicaría dentro de la semana siguiente a la notificación del Auto.

En ese sentido, el Concesionario pudo haber asistido a la videograbación, si ese hubiese sido su interés, pues, sobra decirlo, no existía restricción alguna, ni física ni jurídica, que impidiese su presencia en la vía concesionada. Sin embargo, solo hasta el último día que tenía para de recorrer el traslado, FDP afirmó que su derecho de acceso a la práctica de la prueba había sido cercenado y, con este, los derechos al debido proceso y defensa.

En todo caso, es preciso recordar que, mediante el Auto de 3 de febrero de 2020, se incorporó al expediente la videograbación y el informe allegados por el Concesionario e, igualmente, se corrió traslado de la prueba al Concesionario por el término de 3 días, para que manifestara lo que a bien tuviese en aras de garantizar plenamente los derechos de defensa, debido proceso y contradicción. Incluso, teniendo en cuenta que el último día del término del respectivo traslado, el Concesionario manifestó que no le había sido posible acceder a algunos documentos que le habían sido enviados y que formaban parte de la prueba, este Despacho, en garantía de los derechos en mención, mediante Auto de 11 de febrero de 2020, nuevamente corrió traslado de los documentos señalados por FDP, concediéndole 3 días adicionales para que se pronunciara al respecto.

En consecuencia, se reitera, la prueba relativa a la videograbación y al informe que acompaña a la primera, allegada por la Supervisión del Proyecto en virtud del citado Auto de 5 de diciembre de 2019, no se encuentra viciada de nulidad. De hecho, dicha prueba fue practicada de conformidad con lo señalado mediante el Auto en mención, dando cumplimiento al fin propuesto por el cual fue decretada.

Tampoco procede la solicitud del Concesionario referida a la complementación y aclaración de dicha prueba, en tanto que para verificar el estado de cumplimiento actual de las obligaciones a cargo del Concesionario que apuntan a la declaratoria de caducidad, no es necesario determinar puntual y exactamente el porcentaje al cual alude FDP en los documentos en los cuales recorrió el traslado de aquella. De hecho, para establecer, en este caso, el grado de incumplimiento de las obligaciones en el asunto en cuestión, es más que suficiente analizar en conjunto tanto las videograbaciones realizadas sobre los sitios descritos, como el resto del material probatorio que forma parte del expediente, para concluir que, efectivamente, tuvo lugar un incumplimiento grave y directo de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98.

En síntesis y en virtud de todo lo expuesto, resulta innegable la afirmación realizada por la Supervisión del Contrato mediante el informe citado, cuando manifiesta que, respecto del presunto incumplimiento sobre el mantenimiento y conservación de la infraestructura entregada en concesión, “*el Concesionario ha venido desarrollando algunos trabajos, que no corresponden a actividades planificadas de mantenimiento y conservación en la totalidad del corredor*”, lo que ha ocasionado que la vía férrea entregada en concesión presente un gran estado de deterioro.

Sumado a lo anterior, la gravosa situación descrita da lugar, indefectiblemente, a la suspensión de la prestación del servicio de transporte de carga. Ello obedece, particularmente, al estado de abandono y deterioro tanto de la infraestructura concesionada como de los equipos tractivos y rodantes, debido a que, como es de esperarse, esta situación ha ocasionado la suspensión de actividades de carga comercial en la mayor parte de la red concesionada y rehabilitada para operación, pues, no debe perderse de vista que la única operación desplegada por el Concesionario se enmarca en labores constructivas que nada tienen que ver con movimientos de carga comercial. Es decir, tales actividades corresponden a actuaciones desarrolladas en los tramos en los cuales se han operado trenes de trabajo para posibilitar su tránsito, lo que evidencia que el Contrato de Concesión, efectivamente, se encuentra en un estado de parálisis.

Con base en lo expuesto, sorprende, pues, que el Concesionario manifieste que la ejecución del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 no se encuentra paralizada. Sin embargo, es aún más desconcertante que afirme, categóricamente, que la declaratoria de caducidad en este momento no solo paralizaría la Red Férrea del Pacífico, sino que tal afectación se prolongaría en el tiempo en tanto que ni la ANI ni ninguna entidad estatal cuenta con la competencia ni la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio en forma inmediata y directa. En efecto, la anterior aseveración es, a todas luces, impertinente, pues no constituye ningún argumento que evidencie el cumplimiento del Concesionario y, en todo caso, la capacidad de operación que tenga el propio Estado sobre la Red Férrea, no es una cuestión que deba debatirse en el actual escenario. De hecho, acudir a esta lógica para evitar la declaratoria de la caducidad, raya un poco con la falta de decoro.

Teniendo en cuenta al análisis anteriormente realizado, los argumentos presentados por el Concesionario no tienen vocación de prosperar y deben ser rechazados.

4.3.3. Sobre el riesgo compartido al que alude el Concesionario y el eximente de responsabilidad.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Mediante el recurso de reposición instaurado en contra de la Resolución 1685 de 2019, el Concesionario afirmó, en términos similares a los expuestos al momento de presentar sus descargos, que existen ciertas zonas en las cuales no es posible realizar operaciones, dadas las afectaciones de la vía derivadas de la ola invernal, de la minería ilegal y del uso de las llamadas “moto-brujas”. Por consiguiente, para FDP, todo ello da lugar a la configuración de una causa eximente de responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, relacionadas con la prestación del servicio público de transporte férreo de carga en condiciones de seguridad.

Lo anterior lo reitera al momento de recorrer el traslado de la videgrabación y del informe que la acompaña, manifestando que *“la vía férrea no se encuentra en estado de abandono por negligencia del concesionario, sino por las intervenciones y afectaciones de terceros ya que el concesionario no puede ingresar a varios sitios de la vía férrea y en los sectores donde el concesionario puede acceder hace los mantenimientos requeridos, en el caso concreto del sector de Zaragoza hasta Cisneros la comunidad impide que persona diferentes a los habitantes del lugar realicen los mantenimientos de la vía férrea y exigen que estos mantenimientos sean contratados con ellos; este fenómeno está ocurriendo en varios sectores de la vía férrea y el concesionario no se puede negar so pena de ser descarrilado el tren por lo que hemos solicitado el apoyo de la fuerza pública como se ha acredita con la documental que se ha aportado a este procedimiento.”*

En este sentido, es preciso reiterar lo ya señalado en la Resolución recurrida, pues como se advierte, los argumentos esgrimidos por el Concesionario son prácticamente los mismos que puso de presente al rendir sus descargos, los cuales fueron abarcados y estudiados en su totalidad mediante el acto administrativo que se comenta.

De este modo, vale la pena citar distintos apartados de la Resolución 1685 de 2019 en lo concerniente al asunto en mención, así:

“Sea lo primero señalar que en virtud de los principios rectores de la contratación estatal – transparencia, economía y responsabilidad⁵⁴–, el análisis de la configuración de los riesgos y la asignación de los mismos, constituyen requisitos esenciales en el desarrollo de la actividad contractual del Estado. De este modo, las partes conocen desde el principio quién es el responsable de la ocurrencia de ciertos riesgos, esto es, las partes desde la etapa precontractual conocen las consecuencias que conlleva la materialización de los riesgos y, por ende, saben, de antemano, que es necesario emplear la debida diligencia para evitar la ocurrencia de dichos riesgos o, de lo contrario, se verán avocados a responder por las contingencias que afecten el desarrollo del contrato.

Ahora bien, el concepto de riesgo en función de los proyectos de infraestructura responde a *“la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.”*⁵⁵ A su vez, el riesgo de operación consiste en el *“no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.”*⁵⁶

En consonancia con lo anterior, en cuanto a la asignación de riesgos y su objetivo en el marco de la celebración y ejecución de un contrato estatal, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“En efecto, es a la entidad la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y estimación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, pero es al contratista que con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar a quien le corresponde complementar dicha información suministrada por la entidad contratante. (...) De ésta forma y teniendo en

⁵⁴ Artículo 23 de la Ley 80 de 1993. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

⁵⁵ Documento CONPES 3107 de 2001, *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, p. 8.

⁵⁶ Ibidem., p. 10.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

cuenta que la estimación tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlos y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración⁵⁷”.

La asunción de riesgos por parte del contratista viene ligada inexorablemente, con el principio conforme al cual el contrato es ley para las partes, que se erige en la piedra angular de nuestro sistema jurídico y se encuentra consagrado a nivel normativo en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil. Es por ello que inicialmente se requiere abordar lo relativo al ámbito del principio *pacta sunt servanda*, específicamente centrándonos en lo que atañe a la asignación de riesgos contractuales.

En primer lugar, y para efectos de acotar lo que resulta pertinente en la presente actuación administrativa, es necesario definir en la actualidad en qué consiste el principio *pacta sunt servanda*. La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este punto ha sentado que:

“Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial ⁵⁸”.

Ahora bien, es importante señalar que este principio tiene una estrecha relación con lo relativo a la asunción de riesgos contractuales, al respecto es oportuno acotar las anotaciones de Benavides (2009) que sobre este particular advierte:

“En efecto, a través de la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobrecostos de las prestaciones originales para determinar luego cuál de las partes deberá soportar las consecuencias⁵⁹”.

Quiere decir lo anterior, que la estimación de un riesgo implica que la entidad considera que ese riesgo puede producirse y que, de acuerdo con sus previsiones, puede afectar a la parte que lo asume en determinado valor o porcentaje del contrato.

En este punto resulta importante anotar los pronunciamientos de Benavides (2009) que al respecto señala:

“Las partes prevén, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios⁶⁰”.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2015, C.P. Stella Conto Diaz.

⁵⁹ Benavides, J. (2009), Contratación Estatal (Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007), Bogotá D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia, p. 459.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

De otra parte, los riesgos constituyen en estos términos un elemento de la esencia del contrato de concesión, en cuyo marco son atribuidos al contratista aquellos inherentes a su negocio o actividad comercial, vale decir, los que se encuentran en su órbita de manejo y control, criterio que fue tenido en cuenta por la Entidad Concedente en la valoración de riesgos que aceptó válidamente el contratista al perfeccionar el contrato que nos ocupa.

Sobre este particular se ha referido la jurisprudencia indicando de manera clara cuáles son entonces los riesgos que debe asumir el contratista del Estado, precisando en este sentido que dada su condición de conocedor del negocio y su experiencia en la ejecución de la obra deberá asumir aquellos riesgos inherentes al negocio mismo:

“Es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio, como se dijo, estos sí a cargo del contratista, en cuanto conocedor de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para aminorar la utilidad esperada e incluso generar pérdidas al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas perecen para el dueño”⁶¹.

De acuerdo con lo anterior, los riesgos empresariales son aquellos inherentes al objeto de la organización del contratista, quien debido a sus especiales conocimientos, tiene la carga de prever su posible ocurrencia desde el proceso de selección y, por tanto, deberá asumir las respectivas consecuencias, pues se trata de riesgos normales, ordinarios, propios de la ejecución del contrato de concesión y que no escapan a su alcance, debido a que se encuentran en su órbita de manejo o administración. En este sentido, sumado a que el contratista tenga que valorar esos efectos desfavorables absolutamente previsibles, como son las demoras en la entrega y considerarlos en la determinación del precio de su oferta, también deberá adoptar las medidas pertinentes con el fin de evitar su ocurrencia o matizar sus secuelas.

Desde esta perspectiva, no resulta razonable que el Contratista deshonre lo que válidamente aceptó, dado que el riesgo se encuentra estimado y asignado desde el inicio a él, y es que de esto precisamente se trata el principio *pacta sunt servanda*, en el sentido de que la materialización de uno de los riesgos generará la obligación de asumir sus consecuencias, sin que sea factible a la luz de la normatividad aplicable aducir un evento eximente de responsabilidad que lo exonere del cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas en el marco de ejecución del contrato de concesión objeto de estudio.

En efecto, la operación del proyecto forma parte del objeto contractual, razón por la cual este riesgo es normalmente asignado al inversionista privado, pues es él quien tiene un mayor control sobre la operación a su cargo. Igualmente, el riesgo de construcción – probabilidad de que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos– se transfiere al inversionista privado en razón a su experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y en razón a que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como la adquisición de equipos y la compra de materiales. (...)”

Ahora bien, en consideración a lo anteriormente expuesto, las mismas partes establecieron, voluntariamente, los riesgos que cada una de ellas asumiría durante el desarrollo de la relación contractual. Así, pues, en las cláusulas 66 y 67 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, se refirieron a los riesgos del Contrato asumidos por el Concesionario y a los riesgos del Contrato asumidos por FERROVIAS (hoy, ANI), respectivamente, tal como se señala a continuación:

“CLAUSULA 66. RIESGOS DEL CONTRATO ASUMIDOS POR EL CONCESIONARIO.

El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, y será responsable frente a FERROVIAS por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para la prestación del servicio.

EL CONCESIONARIO asumirá especialmente los riesgos de la rehabilitación, conservación y operación de la infraestructura, así como los riesgos inherentes a la

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de seis (6) de diciembre de 2013, C.P.: Stella Conto Díaz.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

operación de material rodante y los riesgos comerciales y cambiarios, quedando además bajo su responsabilidad la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dichos riesgos.

En ningún caso, la aparición posterior de defectos en los bienes que se entregan en concesión, aunque tuvieran origen anterior a la fecha de la licitación, pero no hubieran sido conocidos en ese momento por el contratante, justificará el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de CONCESIÓN o la modificación de sus cláusulas.

CLAUSULA 67. RIESGOS DEL CONTRATO ASUMIDOS POR FERROVIAS

Únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, FERROVIAS compartirá el riesgo con EL CONCESIONARIO, **siempre que EL CONCESIONARIO hubiera adelantado razonablemente y con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiera podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación o conservación que le corresponda**, caso en el cual FERROVIAS compartirá el riesgo con el CONCESIONARIO.

En tales casos, FERROVIAS reembolsará al CONCESIONARIO, en valor presente al momento del pago, los costos de la reposición de la infraestructura, y de reparación de los daños directos que la lleguen a afectar, pero por ninguna razón asumirá el valor del lucro cesante que sufra EL CONCESIONARIO por la suspensión de las operaciones, ni por ninguna otra causa.

FERROVIAS no asumirá en ningún caso el riesgo geológico, ni ningún otro riesgo que no esté referido en la presente cláusula, y así mismo, por ninguna razón asumirá el valor del daño emergente o del lucro cesante que sufra el CONCESIONARIO por la suspensión de sus operaciones ni por ninguna otra causa.” (Resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, de la lectura de las anteriores cláusulas se concluye, sin ninguna duda, que la totalidad de riesgos del Contrato están a cargo de FDP. Justamente, el Concesionario desde el 14 de marzo del año 2000, fecha en la cual se firmó el acta de inicio del Contrato, asumió libre y voluntariamente la totalidad de los riesgos inherentes al cumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente, los riesgos de la rehabilitación, conservación y operación de la infraestructura, los riesgos inherentes a la operación de material rodante y los riesgos comerciales y cambiarios. Por su parte, el Estado, en este caso, la ANI, únicamente comparte el riesgo con el Concesionario cuando la infraestructura concesionada se vea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura o por desastres naturales (sismos, avalanchas, inundaciones, desprendimientos, etc.); por ningún otro riesgo. Ello, y esto es necesario resaltarlo, siempre y cuando el Concesionario adelante las obras requeridas de modo diligente para mitigar el riesgo. No obstante, dicha diligencia no ha sido acreditada por el Concesionario.

En consecuencia, de conformidad con el acuerdo entre las partes y en virtud de la misma naturaleza del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, todos los riesgos mencionados deben ser asumidos por el Concesionario y no por la Nación, pues, si fuese al contrario se desvirtuaría el principio inicial de las concesiones estatales.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación la Cláusula 10 del Contrato de Concesión, sobre responsabilidad y riesgo, en tanto que señala que:

“Cláusula 10. RESPONSABILIDAD Y RIESGO.

A partir de la fecha de suscripción del presente contrato y de la respectiva acta de entrega, El CONCESIONARIO asume las siguientes responsabilidades y riesgos relacionados con los bienes involucrados en la concesión:

10.1. El CONCESIONARIO asume y será totalmente responsable por todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes que integran la infraestructura que se entrega en concesión, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de FERROVIAS la reparación o Indemnización de perjuicios cuando a ello haya lugar.

10.2. El CONCESIONARIO asume y será totalmente responsable por el deterioro que sufra la infraestructura cuyas obras de conservación se confieren en concesión, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de FERROVIAS la reparación o indemnización de perjuicios cuando a ello haya lugar.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

10.3. El CONCESIONARIO asume y será totalmente responsable por todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad o de aquellos que incorpore con sus propios recursos a la infraestructura entregada en concesión, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de FERROVIAS la reparación o indemnización de perjuicios cuando a ello haya lugar.”

De lo anterior se desprende, entonces, que el Concesionario será totalmente responsable de los riesgos relacionados con los bienes involucrados en la Concesión, es decir, todos aquellos bienes que integran la infraestructura que se entrega en Concesión, los de propiedad del Concesionario o que se incorporen a la infraestructura con sus propios recursos y la misma infraestructura concesionada.

Por ende, no hay ninguna duda sobre los riesgos que FDP asumió en el marco de la asignación de responsabilidades del Proyecto. Riesgos que, una vez materializados y dada la situación en comento, han afectado gravemente el desarrollo del Contrato, impidiendo el resultado esperado por las partes y el cumplimiento mismo de la finalidad contractual.

A pesar de las consideraciones anteriores, el Concesionario insiste en que las afectaciones o ataques de terceros a la infraestructura concesionada, no le han permitido operar la totalidad del corredor férreo. Para FDP, esa circunstancia lo exime de responsabilidad en la medida que se ha generado una situación anormal del riesgo por causas no imputables a él, esto es, por hechos de terceros o caso fortuito y/o fuerza mayor. Asimismo, FDP afirma haber actuado de conformidad con la ley, al haber dado aviso de ello a la Administración y a los órganos competentes para que fueran estos quienes adoptaran las medidas pertinentes. También afirma que la ANI, en estos casos, está obligada a colaborar al Concesionario para que estas afectaciones sean saneadas según lo establecido en la cláusula 15.6 del Contrato de Concesión.⁶²

Pues bien, para abordar lo anterior, es preciso hacer referencia a los eximentes de responsabilidad al tenor de lo establecido tanto por el ordenamiento jurídico colombiano, como por el Contrato de Concesión 09-CONP-98.

En ese sentido, es necesario citar la cláusula 68 del Contrato, en la medida que se refiere expresamente a la fuerza mayor y caso fortuito en los siguientes términos:

“El CONCESIONARIO únicamente estará exonerado de las obligaciones previstas a su cargo en el presente contrato, en los casos de fuerza mayor y caso fortuito, entendidos estos en los términos del artículo 64 del Código Civil, o como consecuencia de hechos de un tercero o del incumplimiento de FERROVIAS de algunas de sus obligaciones, siempre que se demuestre una relación causal de conexidad directa entre el hecho y la obligación incumplida.

En todo caso, solo se admitirá el incumplimiento que sea proporcional a la fuerza mayor o al caso fortuito, y entrará EL CONCESIONARIO a responder por el incumplimiento que no tenga una relación causal proporcional con los hechos alegados para exonerar su responsabilidad.”

Con base en dicha cláusula, el Concesionario solo está exonerado de cumplir con las obligaciones contractuales a su cargo tratándose de fuerza mayor, caso fortuito, como consecuencia de hechos de un tercero o por el incumplimiento de la entidad contratante de algunas de sus obligaciones. Por tanto, es evidente que las partes establecieron un intenso grado de responsabilidad en cabeza de FDP, al permitirse su exoneración únicamente mediante la plena prueba de una causa extraña o dado el incumplimiento de la entidad contratante de algunas de sus obligaciones.

Ahora bien, sobre fuerza mayor y caso fortuito, el artículo 64 del Código Civil se refiere a aquellos como el imprevisto que no es posible resistir, tal como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros. Dicho de otro modo, son eventos

⁶² CLAUSULA 15. La concesión de infraestructura que se otorga por medio del presente contrato, implica para FERROVIAS las siguientes obligaciones: 15.6 La obligación de salir al saneamiento de los bienes entregados en concesión. Cuando se interrumpa la tenencia pacífica de los bienes por parte de EL CONCESIONARIO a través de acciones judiciales o de hechos que pongan en entredicho los derechos que dan origen a la presente concesión, cuando tengan origen en situaciones de hecho o de derecho generadas con anterioridad a la suscripción del acta de iniciación de la concesión.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

eximentes de responsabilidad que le impiden al deudor cumplir con la obligación a su cargo o que dan lugar a la producción de un daño.

Por su parte, las altas Cortes también se han pronunciado al respecto y han dejado claro que los eventos mencionados deben cumplir con ciertas características para que sean considerados como verdaderos eximentes de responsabilidad. Así, han señalado que la fuerza mayor y el caso fortuito son eventos imprevisibles e irresistibles cuya producción tiene lugar sin contribución o culpa alguna del deudor incumplido o del causante del daño.⁶³

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la fuerza mayor,

“[i]mplica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias” (Se subraya; sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente.”⁶⁴

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha fijado el contenido y alcance de la imprevisibilidad e irresistibilidad, en los siguientes términos:

“imprevisible es aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que, no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia (...) la irresistibilidad, como elemento de la causa extraña, consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo.”⁶⁵

Por consiguiente, en este caso, para que se configuren los eventos eximentes de responsabilidad señalados por el Concesionario, este último ha debido demostrar que efectivamente se encuentra en imposibilidad absoluta y permanente de cumplir las obligaciones a su cargo. Además, debe evidenciarse que el evento resultó súbito y repentino, pese a que pudo haber sido imaginado con anticipación o, con independencia de haber sido imaginado, de todas maneras, acaeció, a pesar de la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo.

En ese sentido FDP manifestó que la suspensión del servicio de transporte férreo durante el periodo indicado en la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto es, desde el 7 de abril de 2017, no puede ser entendida como un incumplimiento del Concesionario, teniendo en cuenta que dicha situación se generó con justa causa en razón a causas extrañas por hechos de terceros o caso fortuito y/o fuerza mayor, refiriéndose a las afectaciones y/o ataques de terceros, específicamente, a la

⁶³ Sin embargo, existe jurisprudencia que diferencia las nociones de fuerza mayor y caso fortuito. Al respecto cabe citar el pie de página 26 de la sentencia del Consejo de Estado, 20 de febrero de 2019, C.P. María Adriana Marín, mediante el cual se establece que “la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han hecho énfasis en la siguiente distinción: “La primera como fenómeno externo al ámbito de dominio de la persona, por lo que sumados los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, esta tendrá plenos efectos liberadores y justificativos; la segunda, por su parte, por tratarse de sucesos o situaciones que ocurren dentro de la órbita de control de la persona, genera lo que la doctrina denomina una imposibilidad relativa de cumplir con la obligación y, por consiguiente, no tendrá efectos liberadores o justificativos de forma absoluta. “La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta de la persona obligada...”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de marzo de 1939, Gaceta XLVII. “Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1993, exp. 7365, M.P. Juan de Dios Montes Hernández “Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño” Corte Constitucional, sentencia SU-449 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.”

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de julio de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

invasión o afectación del corredor férreo con ocasión de las invasiones a la vía férrea y sus respectivas zonas de seguridad, a la operación de vehículos artesanales (bruja-motobruja) y a la minería ilegal.

En todo caso, para afirmar o negar la existencia de un evento eximente de responsabilidad, es ineludible conocer y analizar las condiciones propias del caso concreto, pues no es posible que de forma mecánica y sistemática se establezcan casos prototípicos de fuerza mayor.

En efecto, tratándose de la incidencia que tiene la perturbación del orden público interno, especialmente, tratándose de acciones intimidatorias desplegadas por grupos al margen de la ley, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que ello puede ser previsible en una situación contractual o negocial particular. Sobre todo, en consideración a la situación social de ciertas regiones del país, en donde ha existido violencia generalizada. Incluso, ha indicado que si en esos eventos,

*“una de las partes no adopta las medidas necesarias o conducentes para evitar ser cobijada por esos hechos, o se expone indebida o irreflexivamente a los mismos o a sus efectos, **no podrá luego justificar a plenitud la infracción del contrato, o apartarse de él, alegando caso fortuito, como si fuera totalmente ajena al medio circundante y a una realidad que, no por indeseada y reprochable, deja de ser inocultable, máxime si ella no es novísima, sino el producto de un reiterado y endémico estado de cosas, de hondo calado y variopinto origen**”⁶⁶* (Resaltado fuera de texto).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es preciso tener en cuenta que para que en un caso concreto se reconozca la materialización de un evento eximente de responsabilidad es necesario analizar todas las circunstancias del caso a efectos de verificar si realmente se presentaron las condiciones propias del evento de que se trate. En ese sentido, el Concesionario alega que las invasiones ilegales, en sus diversas modalidades, constituye un evento eximente de responsabilidad. Sin embargo, es del caso dejar por sentado que la situación en comento no era un aspecto desconocido por FDP. Al contrario, el Concesionario conocía perfectamente las condiciones de (in)seguridad existentes y, aun así, se obligó a operar la red férrea en las condiciones requeridas para prestar un servicio de forma segura, continua, eficiente y permanente.

Sumado a lo anterior, no deben perderse de vista dos aspectos adicionales. El primero es que el Concesionario, además de asumir los riesgos del Contrato, también asumió la obligación de defensa jurídica del corredor férreo, esto es, se obligó a garantizar su defensa física y jurídica. El segundo se trata de establecer si el Concesionario realizó alguna actividad tendiente a garantizar la consecución de la finalidad concertada, así como a evitar o aminorar la materialización de los riesgos susceptibles de afectar la ejecución del Contrato.

Pues bien, en cuanto a la defensa jurídica del corredor férreo, vale la pena señalar que, pese a que el Concesionario afirma que dio aviso de lo que estaba ocurriendo a las autoridades de Policía y a otras autoridades, tal como consta en los documentos aportados,⁶⁷ esta obligación no se agota con el simple aviso a la autoridad de Policía (o a cualquier otra autoridad), sino que implica la asunción de una posición jurídica más activa, oportuna, eficiente y robusta, que se materializa mediante la activación formal de los procesos policivos o judiciales pertinentes, de manera que se ponga en funcionamiento el aparato administrativo o jurisdiccional y se adopten las decisiones correspondientes para la protección del patrimonio público.

En cuanto a lo segundo, esto es si el Concesionario desplegó actividades tendientes a garantizar la consecución de la finalidad concertada, así como a evitar o aminorar la materialización de los riesgos susceptibles de afectar la ejecución del Contrato, es necesario someter a la ponderación del juzgador la controversia de conformidad con el sentido común y la sana crítica.⁶⁸ Así, de conformidad con el análisis que se ha venido realizando, las comunicaciones y los informes allegados por la Interventoría tanto a la ANI como a FDP, la documentación aportada por el Supervisor y el Concesionario con ocasión del presente procedimiento sancionatorio, se evidencia que el Concesionario no atendió diligentemente sus compromisos contractuales. De hecho, su conducta omisiva ha permitido agravar el riesgo. Ello se explica considerando que, precisamente, la inactividad de la operación del transporte férreo ha dado lugar a que las invasiones ilegales en el sector se hayan incrementado, pues es evidente que una actividad pasiva incentiva este tipo de invasiones, mientras que una actividad intensa genera el efecto contrario, lo que

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de julio de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁶⁷ Así consta en la carpeta correspondiente a “Querellas” contenida en el CD aportado por el Concesionario al momento de rendir sus descargos, el cual obra en el expediente.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas, providencia que a su vez cita la sentencia de Cas. Civ. de noviembre 8 de 2005, exp. 7724 [SC-274-2005].

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

permite concluir que el Concesionario con su conducta permitió agravar el riesgo. En otras palabras, la continua y eficiente prestación de un servicio público sobre un corredor férreo, carretero, portuario, así como la presencia activa y rigurosa de un particular sobre cualquier inmueble evita o minimiza el riesgo de ocupación indebida del predio. Lo contrario, esto es, la ausencia de presencia o la tolerancia frente a la ocupación, si bien no necesariamente es propiciador o motivador de una actividad ilícita sí es facilitador de la conducta y comporta, a través de la pasividad, una actitud complaciente con tal ocupación ilegal. Esta conclusión se obtiene, entre otras cosas, a partir de documentación allegada por el Concesionario en la cual se comparan puntos específicos de la vía férrea durante distintos periodos de tiempo y en donde se han presentado impactos sociales significativos, esto es, incremento de las invasiones en ciertos corredores férreos.⁶⁹

En síntesis, lo dicho hasta este punto permite concluir que el Concesionario conocía perfectamente los problemas de orden público de la zona antes de suscribir el contrato y, a sabiendas de ello, asumió la administración del corredor férreo y se obligó a garantizar su defensa física y jurídica. En ese sentido, el Concesionario, desde que asumió la operación y mantenimiento del corredor férreo en las condiciones de orden público en las que se encontraba, debió desplegar todos los actos preventivos para evitar esas situaciones, tales como cercamientos, vigilancia especial, solicitud de apoyo a las autoridades, etc. Además, si ello hubiera sido insuficiente, tenía el deber de promover directamente o en coordinación con las autoridades estatales las acciones policivas pertinentes para recuperar el corredor férreo y no tolerar pasivamente la invasión y permitir con su inacción que se consolidaran las actividades irregulares dentro de este.

Ahora bien, es preciso insistir en que, aun cuando en reiteradas ocasiones la Interventoría le solicitó información al Concesionario sobre las causas que motivaron la suspensión de sus operaciones y lo instó a cumplir las obligaciones contractuales relacionadas con la operación, el mantenimiento y conservación de la infraestructura entregada en concesión,⁷⁰ FDP hizo caso omiso de ello, incumpliendo las obligaciones a su cargo. De hecho, en este aspecto resultan de suma importancia las fotografías allegadas al proceso, en la medida que dan cuenta del abandono de la infraestructura y de diversos aspectos que afectan directamente la prestación del servicio, entre estas: las interrupciones significativas que requieren una intervención importante en tiempo, equipos y personal por parte del Concesionario; las interrupciones en puentes y el alto grado de enmalezamiento en ciertos sectores que impiden el acceso y la inspección de los mismos.⁷¹

Pese a todo, FDP ha venido manifestando a lo largo del presente procedimiento que cumple las obligaciones a su cargo. Por ejemplo, manifestó en sus descargos que ha reportado el despacho de trenes en los tramos en los cuales puede operar.⁷² Sin embargo, debe señalarse que si bien, a partir del día 17 de enero de 2019 se ha observado circulación de trenes entre la estación de Yumbo y Cali (longitud de 15 kilómetros que equivalente al 4 % de la red concesionada), no se evidencia la ejecución de actividades de mantenimiento y conservación de la infraestructura de la vía de este sector. Además, tal como se indicó en la Resolución recurrida, “en el resto de la red férrea concesionada, que equivale a 365 kilómetros de la vía, el 96 % de la misma, se presenta una suspensión total de las actividades de operación, mantenimiento y conservación y tampoco existe evidencia de la presencia de personal administrativo, técnico o de operación de trenes que permitan la ejecución del objeto del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, salvo la presencia de un reducido grupo de trabajadores en las oficinas de la Bodega de la 26 y Yumbo.”⁷³

⁶⁹ Conclusión a la que se allega considerando, entre otras cosas, el documento allegado por el Concesionario denominado “2017-02-24 Peritaje Impactos Sociales VF” y correspondiente a un peritaje de fecha 27 de febrero de 2017, el cual, aunque se refiere a un periodo diferente al de los hechos debatidos, permite sustentar la conclusión en mención.

⁷⁰ Así se puso de presente mediante el Informe de Avance. Diagnóstico Integral de la Concesión objeto de la Interventoría, 15 de agosto de 2018, p. 18. Al respecto, también pueden verse las comunicaciones CTP-INTV-FDP-044-2017 de fecha 7 de junio de 2017; CTP-INTV-FDP-071-2017 de fecha 21 de noviembre de 2017; CTP-INTV-FDP-076-2017 de fecha 29 de diciembre de 2017; CTP-INTV-FDP-078-2018 de fecha 16 de febrero de 2018; CTP-INTV-FDP-085-2018 de fecha 4 de abril de 2018; CTP-INTV-FDP-092-2018 de fecha 4 de mayo de 2018; CTP-INTV-FDP-097-2018 de fecha 28 de junio de 2018; CTP-INTV-FDP-098-2018 de fecha 13 de julio de 2018; CTP-INTV-FDP-105-2018 de fecha 30 de agosto de 2018; CTP-INTV-FDP-112-2018 de fecha 25 de septiembre de 2018; CTP-INTV-FDP-117-2018 de fecha 30 de octubre de 2018; CTP-INTV-FDP-129-2018 de fecha 06 de diciembre de 2018; CTP-INTV-FDP-135-2018 de fecha 09 de enero de 2019 y CTP-INTV-FDP-147-2018 de fecha 13 de febrero de 2019; entre otras.

⁷¹ Soporte Fotográfico estado infraestructura de la vía férrea, en el Anexo 1 del “Informe de Avance. Diagnóstico Integral de la Concesión objeto de la Interventoría”, 15 de agosto de 2018.

⁷² El archivo denominado “CORREOS DESPACHO TRENES-DOCUMENTOS 2019”, allegado por el Concesionario, contiene los pantallazos o la toma de las imágenes relativas a los correos enviados a los interesados. De conformidad con las imágenes, parece que los archivos adjuntos dan cuenta del reporte en mención.

⁷³ Al respecto puede verse el concepto CTP-INTV-ANI-334-2019 de 19 de marzo de 2019, p. 3 (No. rad ANI 2019-409028839-2 de 20 de marzo de 2019).

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

Por tanto, no hay lugar a reconocer que el Concesionario ha cumplido sus obligaciones contractuales por operar la vía en los tramos señalados y, mucho menos, del modo en el que lo hizo. Al contrario, no cabe duda de que FDP ha incumplido las obligaciones a su cargo, afectando de manera grave y directa la ejecución del Contrato. Especialmente, ha incumplido las cláusulas 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, y 13.11, 30, 33, 38 del Contrato de Concesión, pues, se insiste, el servicio público de transporte ferroviario de carga debe prestarse en las condiciones requeridas en el Contrato, es decir, garantizando la continuidad, eficiencia, permanencia y seguridad del servicio, tal como se indica en la cláusula 33 del Contrato de Concesión, condiciones que a la fecha no se han materializado”.

Es claro entonces que las situaciones invocadas por FDP no configuran fuerza mayor ni ningún otro evento eximente de responsabilidad. De hecho, carecen de la condición de imprevisibilidad. En efecto, se trata de hechos, a todas luces, previsible, no solo teniendo en cuenta los riesgos inherentes a la actividad férrea y la situación que aqueja a la región en la cual debe ejecutarse el Contrato, conocida públicamente, máxime, considerando el domicilio principal del Concesionario (Cali-Valle del Cauca), sino porque no fue una situación que tuviera lugar repentina y súbitamente, sino que fue de suyo conocida por el Concesionario, como se infiere de las múltiples comunicaciones cruzadas entre las partes y la Interventoría del Contrato mediante las cuales se advirtió lo sucedido. Con todo, FDP decidió suspender las operaciones en el corredor férreo y aunque ahora pretende justificar su incumplimiento, no hay duda de que los hechos alegados por el Concesionario como justa causa de su incumplimiento, no tienen ningún asidero.

Dicho lo anterior, es oportuno reiterar que FDP se constituyó como sociedad para desarrollar el objeto principal contenido en sus estatutos, esto es, “lograr la recuperación, reconstrucción, mantenimiento y operación del sistema férreo del occidente colombiano, de acuerdo al contrato de concesión 09-conp-98”.⁷⁴ Sin embargo, por causas que él mismo encontró justificadas pero que no logró demostrar en el marco de este procedimiento, FDP ha incumplido su objeto social, afectando de manera grave y directa el desarrollo del Contrato.

En consecuencia y de conformidad con el principio de la buena fe contractual de que trata el artículo 871 del Código de Comercio –el cual señala que “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe (...)”–, no existe duda sobre la conducta que se pretende sancionar y, por tanto, no prospera la excepción formulada por el Concesionario.”

Sumado a lo anterior, el Concesionario afirma en su recurso que, a través de los medios de comunicación, se enteró que la Gobernación del Valle favorece el uso indebido de la red férrea al fomentar el uso de las llamadas “moto-brujas”, en tanto que habilita el uso de vehículos tractivos por parte de terceros sin autorización para ello y sin que se haya concertado con el Concesionario el mecanismo de transporte de pasajeros.

Al respecto vale la pena señalar que la nota periodística a la que alude el Concesionario es relativamente reciente, puesto que tiene fecha de 4 de noviembre de 2019. Además, la noticia da cuenta de un plan mediante el cual se busca impulsar el turismo en San Cipriano, contemplándose la posibilidad de tecnificar las “brujitas” con el fin de “cambiar la estructura de madera por vidrio templado y la provisión de cinturones de seguridad para evitar lesiones en caso de accidentes”.⁷⁵

Así las cosas, se puede concluir que la noticia se refiere a un mero proyecto para impulsar el turismo en una zona determinada (San Cipriano). Es decir, no se trata de situaciones que estén ocurriendo en la actualidad. Ahora bien, la información fue comunicada mediante un periódico local, esto es, no proviene directamente de la Gobernación del Valle, quien debe ser la fuente formal de la información y quien podría señalar objetiva y ampliamente el alcance de dicho comunicado.

En todo caso, no hay que perder de vista que la autorización a la cual alude el Concesionario –cuando afirma que es la misma Gobernación quien permite el uso de las “brujitas”– es posterior a los hechos constitutivos de la caducidad y, en ese sentido, en cambio de configurarse un eximente de responsabilidad, como lo indica el Concesionario, confirma que la inacción de FDP, la falta de implementación de medidas oportunas y adecuadas de su parte y, en general, su ausencia en el corredor férreo y el abandono del mismo, ha propiciado la materialización de este tipo de situaciones, las cuales no se limitan a la utilización

⁷⁴ Objeto social contenido en el Certificado de Cámara de Comercio del Concesionario. Igualmente, la Cláusula 1 del Contrato de Concesión alude al objeto contractual, señalando, *grosso modo*, que este consiste en otorgar en CONCESIÓN la infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red Pacífica, para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del CONCESIONARIO, lo que incluye las líneas: Buenaventura (PK 0) - Cali (PK170); Cali (PK170) - La Felisa (PK 459); Zarzal (PK 304)- La Tebaida (PK 343).

⁷⁵ El País, “Las obras de infraestructura con que buscan impulsar turismo en San Cipriano”, 4 de noviembre de 2019, en <<https://www.elpais.com.co/valle/las-obras-de-infraestructura-con-que-buscan-impulsar-turismo-en-san-cipriano.html>> (consultado el 19 de marzo de 2020).

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

de estos vehículos, sino que se extiende a las afectaciones producidas por la minería ilegal y por las invasiones de terceros.

Finalmente, tal como se mencionó en el capítulo II del presente acto administrativo, “de las pruebas en el trámite de los recursos”, específicamente en los numerales 2.8, 2.10 y 2.17 del mismo, el Concesionario, *motu proprio*, radicó distintos documentos alusivos a las actividades de mantenimiento y operación que, para FDP, enervan los presuntos incumplimientos que se le endilgan.

Al respecto, es imperioso dejar por sentado que, en ningún momento del actual procedimiento administrativo sancionatorio, dicha documentación fue decretada como prueba por este Despacho, máxime, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Desde la audiencia de instalación del presente procedimiento administrativo sancionatorio, la cual se llevó a cabo el 12 de agosto de 2019, se ha venido conformando el acervo probatorio necesario y suficiente para evidenciar el estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario, particularmente, en lo atinente al correcto mantenimiento de las vías, infraestructura y bienes concesionados, así como a la operación de los trenes. En este sentido, todas las pruebas recaudadas –el informe de Supervisión e Interventoría, las pruebas aportadas y solicitadas por el Concesionario en sus descargos y en el recurso de reposición, las pruebas decretadas de oficio, los pronunciamientos presentados por FDP en virtud de su derecho de contradicción frente a aquellas, entre otras– han sido analizadas en función de su pertinencia, utilidad e idoneidad para demostrar o desvirtuar los hechos que originaron la actuación.
- b) Además de lo anterior, no debe perderse de vista que este Despacho debe garantizar no solo el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción de las partes involucradas, tal como en estricto sentido ha tenido lugar, sino que también debe garantizar la materialización de los principios de eficacia y celeridad en aras de lograr el objetivo del procedimiento contractual sancionatorio, dentro del menor término de tiempo posible. En ese orden de ideas, no es apropiado convertir los procedimientos sancionatorios en un cúmulo de actuaciones indefinidas en virtud de la radicación, también indefinida, de documentos del Concesionario; sobre todo, cuando la finalidad de la prueba ya ha sido alcanzada, es decir, cuando el Despacho ya ha llegado a un alto grado de convencimiento sobre los hechos relevantes del correspondiente procedimiento y ha descartado cualquier duda razonable al respecto. Si no que, contrario a ello, debe actuar eficientemente, en aras de garantizar el bienestar general en juego.

En el caso en cuestión, se advierte entonces que el Concesionario, en varias oportunidades, ha radicado distintos documentos sin que previamente se haya decretado prueba alguna en ese sentido. Pese a ello, este Despacho, en aras de garantizar tanto el derecho de defensa del Concesionario como de la verdad y objetividad en el marco del procedimiento sancionatorio, ha procedido a analizar la documentación allegada. Sin embargo, ha advertido que la misma no cuenta con la verificación de calidad o el visto bueno de la Interventoría y de la Supervisión del Contrato, requerimiento absolutamente necesario a efectos de determinar que las actividades que el Concesionario afirma haber realizado, cumplen o no con lo que previeron las Partes tanto en el Contrato de Concesión como en los manuales respectivos. Pero aun así, suponiendo, en gracia de discusión, que dichas actividades fueron efectivamente realizadas por el Concesionario y verificadas por quienes tienen competencia para ello, es posible evidenciar que las mismas resultan insuficientes para enervar el incumplimiento grave y directo de las obligaciones a cargo del Concesionario del Contrato de Concesión 09-CONP-98, incumplimiento que, sin duda alguna, se encuentra plenamente demostrado.

De hecho, las actuaciones sobre las cuales da cuenta el Concesionario, contrario a su sentir, evidencian la falta de diligencia en su actuación. V.gr, FDP pretende demostrar que ha desplegado actividades tendientes a erradicar las invasiones de algunos corredores férreos que han sido ocupados por inmigrantes o lugareños de la zona. Para el efecto, allegó un documento relativo a una noticia que data del 25 de enero de 2019, mediante la cual se describe el operativo ordenado por la Alcaldía de Cali a través del cual se desalojaron 400 venezolanos asentados cerca de la antigua carrilera del ferrocarril. Acto seguido, el Concesionario afirmó que el pasado 28 de febrero de 2020, esto es, más de un año después, se continuó con el procedimiento para recuperar la zona de seguridad del corredor férreo entre la Terminal de Transporte y la Estación Antiguas Bodegas del Ferrocarril, pues la invasión que allí se presenta no le ha permitido iniciar la operación del corredor férreo en condiciones de seguridad para los usuarios.⁷⁶

⁷⁶ El documento señalado corresponde al radicado ANI No. ANI 2020-409-025512-2 de 10 de marzo de 2020, denominado “Informe sobre recuperación de la zona de seguridad del corredor férreo PK170 entre la Terminal de Transporte y la Estación Antigua Bodegas del Ferrocarril invadida por terceros, muchos de ellos de origen venezolanos”.

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98’”*

Dado lo anterior, lo que paradójicamente se evidencia es que el Concesionario, con su conducta omisiva, ha permitido no solo que el corredor férreo a su cargo se haya visto invadido por inmigrantes y lugareños de la zona, sino que, adicionalmente, ha permitido el aumento de dichas invasiones en distintos puntos del corredor férreo, dificultando, cada vez más, las operaciones de desalojo necesarias para recuperar el área pública. De tal manera que la ausencia del Concesionario, su inactividad, la falta de operación en la vía férrea y, en general, el abandono en el que se encuentra el corredor férreo desde hace varios años atrás, ha propiciado tanto el incremento de las invasiones de la vía por parte de terceros, como las mismas prácticas de minería ilegal y el uso de las conocidas “moto-brujas”.

En consecuencia, desde cualquier punto de vista, resultan inadmisibles los argumentos esgrimidos por el Concesionario para justificar el incumplimiento de sus obligaciones, máxime, teniendo en cuenta que, para aquel, la desatención de sus compromisos contractuales no ha afectado de manera grave la ejecución del contrato ni ha llevado a su parálisis y, en todo caso, el incumplimiento contractual que se le endilga, desde su punto de vista, ha tenido ocurrencia por causas ajenas a su propia voluntad.

Sin embargo, se insiste, contrario a las apreciaciones de FDP, durante el desarrollo del actual procedimiento administrativo contractual sancionatorio se evidenció que el incumplimiento endilgado al Concesionario, indudablemente, afecta de manera grave y directa la ejecución del objeto del Contrato de Concesión 09-CONP-98, lo cual ha llevado a su paralización. De hecho, tal como quedó demostrado a partir del análisis conjunto de todo el acervo probatorio, desde el día 7 de abril de 2017, Ferrocarril del Pacífico S.A.S. suspendió las actividades de conservación, mantenimiento, operación y explotación de la red concesionada, acumulando al 21 de enero de 2019 un total de 654 días de parálisis del Contrato, de conformidad con la citación a audiencia con radicado ANI No. 2019-707-023740-1 de 23 de julio de 2019.

Por consiguiente, las actividades mínimas desplegadas por el Concesionario sobre las cuales da cuenta mediante los documentos allegados por su iniciativa propia a este Despacho, así como la realización de comités de regularización de los pasos a nivel, los planes de recuperación y mejoramiento presentados ante autoridades ajenas a la presente relación contractual, las solicitudes de arreglo directo o las proyecciones de actividades futuras, todas estas referidas por el Concesionario en distintas oportunidades (descargos, recurso de reposición o documentos mediante los cuales recorrió el traslado de las pruebas incorporadas al procedimiento), en nada se compadecen con la grave situación descrita y el estado de paralización del Contrato de Concesión 09-CONP-98. De hecho, lo que demuestra es la incapacidad del Concesionario para garantizar, en términos de eficiencia, seguridad y continuidad, la conservación, operación y explotación de la red ferroviaria en concesión. Por ende, las causales que se invocan para declarar la caducidad del Contrato en mención, se encuentran plenamente soportadas con ocasión de los reiterados incumplimientos del Concesionario, cuya notoria gravedad han impedido continuar con la ejecución del objeto contractual.

En ese sentido, tampoco es procedente aplicar la cláusula 108 del Contrato de Concesión, mediante la cual se le concede al contratante incumplido un término de 6 meses para solucionar la situación de incumplimiento. Esto se aclara teniendo en cuenta que el Concesionario, en el recurso de reposición y como petición subsidiaria a la revocatoria de la Resolución 1685 de 2019, señaló que: *“[d]e confirmar la sanción por caducidad con la respectiva indemnización de perjuicios, se solicita dar aplicación a la cláusula 108 del Contrato de Concesión”*.

La anterior negativa obedece a que, precisamente, mediante la Resolución 0822 del 17 de mayo de 2018 proferida por esta Entidad y confirmada por la Resolución No. 1284 del 18 de junio de 2018, se declaró la terminación anticipada del Contrato de Concesión 09-CONP-98 y, en consecuencia, se le otorgó al Concesionario el plazo de 6 meses (al que alude la cláusula 108 del Contrato) para que solucionara la situación que dio lugar a la causal de terminación anticipada. Igualmente, se estableció que la Interventoría y la Supervisión debían realizar el respectivo seguimiento y control sobre el estado de ejecución del Contrato durante dicho periodo de tiempo.

Pese a ello, se advirtió que, durante ese lapso de tiempo, no solo no se solucionó la situación de incumplimiento, sino que, adicionalmente, el incumplimiento del Concesionario era de tal magnitud que era susceptible de configurar la caducidad del Contrato de Concesión. Por ende, se dio inicio al presente procedimiento administrativo contractual sancionatorio, habiéndose garantizado que la ANI había aplicado, previamente, las medidas señaladas en las correspondientes cláusulas contractuales y que, pese a ello, persistieron las causales de incumplimiento contractual que impidieron la materialización del objeto contractual.

Finalmente, con base en los argumentos planteados, es menester señalar que la solicitud del Concesionario relacionada con el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato, no tiene asidero alguno. Pues, como quedó demostrado, fue el mismo Concesionario quien incurrió en el incumplimiento grave y directo de las obligaciones a su cargo, no así el Estado. Además, el Concesionario solo se limitó a solicitar el restablecimiento de la ecuación económica del Contrato sin, al menos, intentar demostrar el

RESOLUCIÓN No. 20207070005965 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. en contra de la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, ‘Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”

supuesto quebrantamiento grave de la ecuación contractual. Por consiguiente, no tiene ningún sentido, siquiera, entrar a analizar los requisitos necesarios para la configuración del restablecimiento en mención.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Agencia procede, a continuación, a confirmar la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019, “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. por el incumplimiento grave y directo de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98”, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: EN FIRME esta decisión desde el día siguiente de su notificación en audiencia conforme lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. 1685 de 12 de noviembre de 2019 y, en consecuencia, se da por terminado el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 y se ordena a la Supervisión proceder a su liquidación en el estado en el que se encuentre.

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia.

ARTÍCULO CUARTO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 15-05-2020

CLAUDIA JULIANA FERRO RODRÍGUEZ
Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 09
Equipo de Sancionatorios
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Natalia Wilson Aponte – Abogada – Vicepresidencia Jurídica
VoBo: